

Siegfried Wiesner

DER IRRTUM IM WEHRSTRAFRECHT

§ 22 WStG

1972

DER IRRTUM IM WEHRSTRAFRECHT

§ 22 WStG

In a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n

zur Erlangung des

akademischen Grades eines Doktors der Rechte

durch den

Fachbereich Rechtswissenschaft

der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Siegfried Wiesner

aus Gutschdorf

1972



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Lenckner

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Stree

Dekan: - Prof. Dr. Kiefner

Tag der mündlichen Prüfung: 10. 5. 1972

MEINEN ELTERN

Inhaltsverzeichnis

DER IRRTUM IM WEHRSTRAFRECHT (§ 22 WStG)

	<u>Seite</u>
Abkürzungsverzeichnis	VI
Literaturverzeichnis	IX
Wortlaut des § 22 WStG	1
Einleitung	2
<u>1. Abschnitt</u> DER TATBESTAND DER UNGEHORSAMSDELIKTE	5
I. Der Befehl	5
1. Unverbindlichkeit, Befehl und Tatbestand der Ungehorsamsdelikte	5
2. Der Irrtum über die Vorgesetzten-eigenschaft	12
3. Der Irrtum über den fachdienstlichen Zweck	14
II. Der Anwendungsbereich des § 22 WStG	18
III. Zusammenfassung	23
<u>2. Abschnitt</u> DIE UNVERBINDLICHKEIT DES BEFEHLS	25
I. Zum Begriff der Unverbindlichkeit	25
1. Systematische Stellung des Merkmals im Verbrechensaufbau	25
2. Unverbindlichkeit und Rechtswidrigkeit	29
a) Möglichkeit einer Unterscheidung	32
b) Notwendigkeit einer Unterscheidung	33
c) Abgrenzung zwischen Rechtswidrigkeit und Unverbindlichkeit	36
II. Einzelfälle der Unverbindlichkeit	49
1. Die Unverbindlichkeitsgründe des § 22 (1) 1	49
a) Unverbindlichkeit des Befehls, der sich auf die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens richtet	49

b) Unverbindlichkeit wegen Verstoßes gegen die Menschenwürde	55
c) Unverbindlichkeit wegen nichtdienstlichen Zwecks	57
2. Weitere Fälle der Unverbindlichkeit	64
a) Unverbindlichkeit wegen fehlender Zuständigkeit des Vorgesetzten	65
b) Unverbindlichkeit wegen unverhältnismäßig tiefen Eingriffs des Befehls in den persönlichen Rechtsbereich des Untergebenen	67
c) Unverbindlichkeit wegen absoluter Unzulässigkeit der Ausführung	71
d) Unverbindlichkeit des grundrechtswidrigen Befehls	73
e) Unverbindlichkeit des völkerrechtswidrigen Befehls	74
f) Unverbindlichkeit wegen Unmöglichkeit der Ausführung	78
g) Unverbindlichkeit wegen grundlegender Veränderung der Sachlage	81
3. Weitere Möglichkeiten einer Rechtfertigung des Ungehorsams	83
III. Zusammenfassung	85
<u>3. Abschnitt</u> DER IRRTUM ÜBER DIE UNVERBIND- LICHKEIT	87
I. § 22 (1) 2 WStG und das subjektive Rechtfertigungselement	87
II. § 22 (1) 2 WStG und die subjektive Versuchslehre	88
III. Strafrechtstheoretische Bedeutung des § 22 (1) 2 WStG und der Grund für diese Ausnahmeregelung	92

IV. Straflosigkeit desuntauglichen Versuchs auch beim 'Mangel im Tatbestand' als Konsequenz des § 22 (1) 2 WStG ?	95
V. Zusammenfassung	97
<u>4. Abschnitt</u> DER IRRTUM ÜBER DIE VERBINDLICHKEIT	99
I. Zur Entstehungsgeschichte der Irrtums- regelungen	99
II. Die gesetzlichen Vorschriften im einzelnen	102
1. Die grundsätzliche Regelung des § 22 (3) WStG	102
2. Die Ausnahme des § 22 (2) WStG	104
3. Regelung auch des Irrtums über den rechtfertigenden Sachverhalt	107
III. Kritik der gesetzlichen Regelung	112
1. Intrasystematische Kritik Die Differenzierung zwischen § 22 (2) und (3) WStG nach der psychischen Zwangslage beim Untergebenen	112
2. Die Bestrafung des nichtvorwerfbaren Irrtums in § 22 (3) WStG und das Schuldprinzip	117
a) Strafrechtsdogmatische Betrachtung	117
aa) Der Grundsatz 'Keine Strafe ohne Schuld' in der Strafrechtswissen- schaft	117
bb) § 22 (3) WStG als Ausnahme vom Verschuldensgrundsatz und die Versuche seiner Rechtfertigung	120
(1) Der nichtvorwerfbare Irrtum als Schuldausschließungsgrund	120
(2) Rechtfertigung des § 22 (3) WStG aus dem Risikogedanken	122
(3) Rechtfertigung des § 22 (3) WStG aus militärischer Not- wendigkeit	127
b) Verfassungsrechtliche Problematik des § 22 (3) WStG	131

aa) Verstoß gegen das Rechtsstaats- prinzip	132
bb) Verstoß gegen Art. 1 (1) Grundgesetz	133
cc) Verstoß gegen Art. 2 (1) Grundgesetz	135
c) Analoge Anwendung des § 22 (2) WStG	136
 Gesamtergebnis in Leitsätzen	 140
Vorschlag für einen § 22 WStG de lege ferenda	143

Abkürzungsverzeichnis

AE	Alternativenentwurf eines Strafgesetzbuchs, Allgemeiner Teil
BayVGH	Bayrischer Verwaltungsgerichtshof
BBG	Bundesbeamtengesetz
BDH	Bundesdisziplinarhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt.	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BJM	Bundesjustizministerium
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
BTDrucks.	Bundestagsdrucksache
BTRA	Bundestagsrechtsausschuß
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVertMin.	Bundesministerium der Verteidigung
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DBT	Deutscher Bundestag
DienstVO	Dienstverordnung
D-L-S	Dreher-Lackner-Schwalm, Wehrstrafgesetz, (Kommentar)
DöV	Die öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
BVBI.	Deutsches Verwaltungsblatt
EVerwVerfG	Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes

GA	Archiv für Strafrecht, begründet von Goldammer, zitiert nach Jahrgängen
GG	Grundgesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
LG	Landgericht
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MStGB	Militärstrafgesetzbuch
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
nStGB	Strafgesetzbuch nach Inkrafttreten des 2. StrRG am 30. Oktober 1973
NZWehrR	Neue Zeitschrift für Wehrrecht
OLG	Oberlandesgericht
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGSt.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGK	Reichskriegsgericht
RMG	Reichsmilitärgericht
SchlHOLG	Schleswig - Holsteinisches Ober- landesgericht
SoldatenG	Soldatengesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StrRG	Strafrechtsreformgesetz
TrdGer.	Truppendienstgericht
VerwR	Verwaltungsrecht
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland

- VIII -

VorgesVO	Vorgesetztenverordnung
WDO	Wehrdisziplinarordnung
Wehrwiss. Rundschau	Wehrwissenschaftliche Rundschau
WStG	Wehrstrafgesetz
WVerwR	Wirtschaftsverwaltungsrecht
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZStrW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZWehrR	Zeitschrift für Wehrrecht

Literaturverzeichnis

Alternativentwurf eines Strafgesetzbuchs, Allgemeiner Teil,
vorgelegt von Jürgen Baumann u. a. Tübingen 1966 (zitiert:
AE)

- | | |
|--|--|
| <u>Ammon</u> , Wilhelm v. | Der bindende rechtswidrige Befehl, Breslau 1926 |
| <u>Arndt</u> , Herbert | Das neue Wehrstrafgesetz, DRiZ 1957, S. 134 ff |
| ders. | Die strafrechtliche Bedeutung des militärischen Befehls, NZWehrR 1960, S. 145 ff |
| ders. | Die strafrechtliche Wirkung des militärischen Befehls nach dem Entwurf des Wehrstrafgesetzes 1958, GA 1957, S. 46 ff |
| ders. | Grundriss des Wehrstrafrechts, 2. Aufl. München und Berlin 1966 (zitiert: Arndt, WStG) |
| <u>Baden</u> , Manfred und
<u>v. Mitzlaff</u> , Hans Jürgen | Wehrdisziplinarordnung, (Kommentar), 6. Auflage, Frankfurt 1965 |
| <u>Bank</u> , Bernhard | Beamtenautorität und Beamtengehorsam, ZBR 1963, S. 163 ff |
| <u>Battenberg</u> | Das auf Befehl begangene Verbrechen, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 189, Jahrgang 1916 |
| <u>Baumann</u> , Jürgen | Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bielefeld 1968 |
| <u>Bemmann</u> , Günter | Welche Bedeutung hat das Erfordernis der Rauschtat in § 330a StGB, GA 1961, S. 65 ff |
| <u>Bender</u> , B. | Der nichtige Verwaltungsakt, DVBl. 1953, S. 33 ff |
| <u>Binding</u> , Karl | Die Schuld im deutschen Strafrecht, Leipzig 1919 |

- Bonner Kommentar
Kommentar zum Bonner Grundgesetz,
(Bonner Kommentar), Loseblatt,
Hamburg 1950
- Brinkmann, Karl
Grundrechtskommentar zum Grund-
gesetz, (Kommentar), Loseblatt,
Bonn 1967
- Bruns, Hans Jürgen
Zur neuesten Rechtsprechung über
die Strafbarkeit der Volltrunken-
heit, JZ 1958, S. 33 ff
- Dahm, Georg
Zur Problematik des Völkerstraf-
rechts, Göttingen 1956
- Dietz, Heinrich
Wehrmachtdisziplinarstrafordnung,
(Kommentar), Leipzig 1943
- Dreher, Eduard
Das neue Wehrstrafgesetz, JZ 1957,
S. 393 ff
- Dreher, Eduard
Läckner, Karl und
Schwalm, Georg
Wehrstrafgesetz, (Kommentar),
München und Berlin 1958
(zitiert: D-L-S)
- Faust, Fritz
Einführung in das Wehrdiszip-
linarrecht, Frankfurt 1966
- Fiedler
Zur Frage der Verbindlichkeit
eines Befehls, sich die Beatle-
Haare oder den Bart zu entfernen
NZWehrR 1968, S. 24 ff
- Forsthoff, Ernst
Lehrbuch des Verwaltungsrechts,
1. Band, Allgemeiner Teil, 9.
Auflage, München und Berlin 1966
- ders.
Zur Gültigkeit und Rücknehmbar-
keit von Zuweisungsverfügungen,
ZMR 1952, S. 53 ff
- Hamann, Andreas
Das Grundgesetz, (Kommentar),
2. Auflage, Berlin 1961
- Hardwig, Werner
Studien zum Vollrauschtatbe-
stand, Festschrift für Eberhard
Schmidt, Göttingen 1961
- Hartmann, Nicolai
Ethik, 3. Auflage, Berlin 1949
- Heike, Herwart
Der gegenwärtige Stand der Lehre
vom nichtigen Verwaltungsakt,
Diss. jur. Göttingen 1960

- ders. Die Evidenztheorie als heute maßgebliche Lehre vom nichtigen Verwaltungsakt, DÖV 1962, S. 416 ff
- Hippel, Eike v. Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, Schriften zum öffentlichen Recht, Band 19, Berlin 1965
- Hippel, Reinhard v. Grundlagenprobleme beim militärischen Ungehorsam (§ 19 WStG), NZWehrR 1969, S. 217 ff
- Hippel, Robert v. Lehrbuch des Strafrechts, Berlin 1932
- Hodes, Fritz Wehrdisziplinarordnung, (Kommentar), 3. Auflage, Köln-Berlin-Bonn 1966
- Huber, Ernst Rudolf Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Band, 2. Auflage, Tübingen 1954
- Jescheck, Heinrich Befehl und Gehorsam in der Bundeswehr, Bundeswehr und Recht, Köln-Berlin-Bonn 1965
- Jescheck, Heinrich Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Berlin 1969
- Kalberlah, Kurt Der bindende rechtswidrige Befehl, ZWehrR 7. Band, 1942/43 S. 297 ff
- Kaufmann, Arthur Das Schuldprinzip, Heidelberg 1961
- Kohlhaas, Max Wehrstrafgesetz, (Kommentar), abgedr. in Erbs, Georg und Kohlhaas, Max, Strafrechtliche Nebengesetze, Band 3, München o. J. Loseblatt
- ders. Das vierte Strafrechtsänderungsgesetz, NJW 1957, S. 929 ff
- Kohlhaas, Max und Schwenck, Hans Günter Rechtsprechung in Wehrstrafsachen, Loseblatt, Köln-Berlin-Bonn 1967

- Kohlrausch, Eduard und
Lange, Richard
Strafgesetzbuch, (Kommentar),
43. Auflage bearbeitet von Richard
Lange, Berlin 1961
- Krieger, Manfred
Das Verhältnis des allgemeinen
Strafrechts zum Wehrdisziplinar-
und Wehrstrafrecht, Diss. jur.
München 1968
- Lackner, Karl
Das Vierte Strafrechtsänderungs-
gesetz, JZ 1957, S. 401 ff
- Lackner, Karl und
Maassen, Hermann
Strafgesetzbuch, (Kommentar),
5. Auflage, München 1969
- Lammich, Christoph
Befehl ohne Gehorsam, NZWehrR
1970, S. 47 ff
- Landmann, Heinz,
Giers, Wolfgang und
Proksch, Ernst
Allgemeines Verwaltungsrecht,
4. Auflage, Düsseldorf 1969
- Lang-Hinrichsen,
Dietrich
Zur Krise des Schuldgedankens
im Strafrecht, ZStrW 73, (1961),
S. 210 ff
- Leibholz, G. und
Rinck, H.
Grundgesetz, (Kommentar), 3.
Auflage, Köln 1968
- Lenckner, Theodor
Der rechtfertigende Notstand,
Tübingen 1965
- Mangoldt, Hermann und
Klein, Friedrich
Das Bonner Grundgesetz (Kommen-
tar), Band 1, 2. Auflage, Berlin
und Frankfurt 1957
- Mann, Siegfried
Grundrechte und militärisches
Statusverhältnis, DÖV 1960,
S. 409 ff
- Maunz, Theodor
Deutsches Staatsrecht, 17. Auf-
lage, München 1969
- Maunz, Theodor
Dürig, Günter und
Herzog, Roman
Grundgesetz, (Kommentar), Band 1,
Loseblatt, München 1969
(zitiert: Maunz-Dürig)
- Maurach, Reinhart
Deutsches Strafrecht, Allgemeiner
Teil, 3. Auflage, Karlsruhe 1965

- ders. Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, 5. Auflage, Karlsruhe 1969
- ders. Die Beiträge der neueren höchst-
richterlichen Rechtsprechung zur
Bestimmung des Wahnverbrechens,
NJW 1962, S. 767 ff
- Mayer, Max Ernst Der Allgemeine Teil des Deutschen
Strafrechts, 2. Auflage, Heidel-
berg 1923
- ders. Der rechtswidrige Befehl des Vor-
gesetzten, Sonderdruck aus Fest-
schrift für Laband, Tübingen
1908, S. 121 ff
- Merk, Wilhelm Deutsches Verwaltungsrecht,
1. Band, Berlin 1962
- Mezger, Edmund und
Blei, Hermann Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil,
13. Auflage, München 1968
- Mitzlaff, v. Hans-Jürgen Zur Regelung des Befehls und
Gehorsams im Soldatengesetz, Wehr-
wissenschaftliche Rundschau 1959,
S. 84 ff
- Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes mit
Begründung, Köln und Berlin 1964
- Niederschriften über die Sitzungen der großen Strafrechts-
kommission, 5. Band, Bonn 1958
- Nipperdey, Hans Carl Die Würde des Menschen, Neumann-
Nipperdey-Scheuner, Die Grundrech-
te, 2. Band, 2. Auflage,
Berlin 1968
- Oehler, Dietrich Handeln auf Befehl, JuS 1963
S. 301
- Platzgummer, Winfried Die Bewußtseinsform des Vor-
satzes, Wien 1964
- Remplein, Heinz Psychologie der Persönlichkeit,
München 1954
- Richthofen, Gotthard v. Wehrstrafgesetz, (Kommentar),
Köln, Berlin 1957

- Rittau, Martin Militärstrafgesetzbuch, (Kommentar), 4. Auflage, Berlin 1943
- ders. Soldatengesetz, (Kommentar), München und Berlin 1957
- ders. Soldat und Grundgesetz, Wehrwissenschaftliche Rundschau 1961, S. 128
- ders. Wehrstrafgesetz, (Kommentar), Berlin 1958
- Romen - Rissom Militärstrafgesetzbuch, 3. Auflage, 1918
- Rosenberg, Leo Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 8. Auflage, München und Berlin 1960
- Roxin, Claus Literaturbericht, Allgemeiner Teil, ZStrW 78 (1965), S. 214 ff, hier: S. 248 ff
- ders. Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, Hamburg 1959
- Rudolphi, Hans-Joachim Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien Band 76, Göttingen 1969
- Sartre, Jean Paul Das Sein und das Nichts, Hamburg 1962
- Sax, Walter Grundsätze der Strafrechtspflege, Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte 3. Band 2. Halbband, S. 909 ff
- Scheler, Max Die Stellung des Menschen im Kosmos, 6. Auflage, München 1962
- Scherer, Werner Soldatengesetz mit Vorgesetztenverordnung (Kommentar), 3. Auflage, Berlin und Frankfurt 1968
- ders. Zur Frage der Befehle für den dienstfreien Bereich, NZWehrR 1961, S. 97 ff

- Schirmer, Berthold Befehl und Gehorsam, Köln, Berlin, Bonn 1965
- Schlosser, Peter Zur verfassungsrechtlichen Problematik der Irrtumsregelung in § 22 des Wehrstrafgesetzes, JZ 1958, S. 526 ff
- Schmidt, Eberhard Die materiellrechtlichen Entscheidungen des Reichskriegsgerichts, Band 1, ZWehrR Band 3, 1938/39, S. 514 ff
- ders. Militärstrafrecht, Berlin 1936
- Schmidt Gehorsam und Verantwortung, ZWehrR 4. Band, 1939/40, S. 100 ff
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno
und Klein, Franz Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Bonn 1967
- Schnorr, Gerhard Handeln auf Befehl, JuS 1963, S. 299 ff
- Schönke, Adolf und
Schröder, Horst Strafgesetzbuch, (Kommentar), begründet von Adolf Schönke, fortgeführt von Horst Schröder, 15. Auflage, München 1970
- Schütz Befehle im außerdienstlichen Bereich, NZWehrR 1961, S. 100 ff
- Schreiber, Jürgen Kann die Teilnahme an Kameradschaftsabenden, Herrenabenden oder ähnlichen gesellschaftlichen Veranstaltungen befohlen werden? NZWehrR 1962, S. 125 f
- ders. Unverbindliche Befehle, Versuch einer Systematik, NZWehrR 1965, S. 1 ff
- ders. Wehrstrafgesetzbuch, (Kommentar), Frankfurt 1961
- Schwaiger, Konrad Handeln auf Befehl und militärischer Ungehorsam nach dem Wehrstrafgesetz vom 30. 3. 1957, Diss. jur. Heidelberg 1962

- Schwarz, Otto und
Dreher, Eduard Strafrechtsgesetzbuch, (Kommentar),
30. Auflage, München 1968
- Schweickert, Heinrich Strafrechtliche Haftung für ris-
kantes Verhalten? ZStrW 70 (1958)
S. 394 ff
- Schwenck, Hans Günter Anmerkung zum Urteil LG Braun-
schweig in Kohlhaas-Schwenck, Recht-
sprechung in Wehrstrafsachen,
§ 22 Urteil 5
- Schwinge, Erich Militärstrafgesetzbuch, (Kommentar),
4. Auflage, Berlin 1940
- Stratenwerth, Günter Verantwortung und Gehorsam,
Tübingen 1958
- Stree, Walter Deliktsfolgen und Grundgesetz,
Tübingen 1960
- ders. Objektive Bedingungen der Straf-
barkeit, JuS 1965, S. 465 ff
- Turegg, Egon v. und
Kraus Lehrbuch des Verwaltungsrechts,
begründet von Egon v. Turegg,
fortgeführt von Kraus, 4. Auflage
Berlin 1962
- Ule, Carl-Hermann Hat sich der Entwurf einer Ver-
waltungsgerichtsordnung für
Württemberg bewährt, DVBl. 1960,
S. 609 ff
- Warda, Günter Zur gesetzlichen Regelung des
vermeidbaren Verbotsirrtums,
ZStrW 71, (1959), S. 252 ff
- Weber, Hellmuth v. Vom Subsumtionsirrtum, GA 1953,
S. 161 ff
- Wegener Befehle Vorgesetzter, eine Über-
tretung im Sinne des § 1 Abs. 3
StGB zu begehen, NZWehrR 1959,
S. 132 ff
- Welzel, Hans Das Deutsche Strafrecht, 6. Auf-
lage, Berlin 1958
- ders. Das Deutsche Strafrecht, 11. Auf-
lage, Berlin 1969

- Wessels, Johannes Strafrecht, Allgemeiner Teil,
Karlsruhe 1970
- Wolff, Hans-Julius Die Nichtigkeit von Verwaltungs-
akten MDR 1951, S. 523 ff
- ders. Verwaltungsrecht, 1. Band,
7. Auflage, München und Berlin
1968
- ders. Verwaltungsrecht, 3. Band,
2. Auflage, München und Berlin
1967

Wehrstrafgesetz (WStG)¹⁾

§ 22

Verbindlichkeit des Befehls; Irrtum

(1)¹ In den Fällen der §§ 19 bis 21 handelt der Untergebene nicht rechtswidrig, wenn der Befehl nicht verbindlich ist, insbesondere wenn er nicht zu dienstlichen Zwecken erteilt ist oder die Menschenwürde verletzt oder wenn durch das Befolgen ein Verbrechen oder Vergehen begangen würde. ²Dies gilt auch, wenn der Untergebene irrig annimmt, der Befehl sei verbindlich.

(2) Befolgt ein Untergebener einen Befehl nicht, weil er irrig annimmt, daß durch die Ausführung ein Verbrechen oder Vergehen begangen würde, so ist er nach den §§ 19 bis 21 nicht strafbar, wenn ihm der Irrtum nicht vorzuwerfen ist.

(3) Nimmt ein Untergebener irrig an, daß der Befehl aus anderen Gründen nicht verbindlich ist, und befolgt er ihn deshalb nicht, so kann die in den §§ 19 bis 21 angedrohte Strafe nach den Vorschriften über die Be-
strafung des Versuchs gemildert werden, wenn ihm der Irrtum nicht vorzuwerfen ist.

1) Wehrstrafgesetz (WStG) vom 30. März 1957 (BGBl I 298) in der Fassung vom 25. Juni 1969 (BGBl I 662)

Einleitung

Am 30. März 1957, also nunmehr vor bereits 14 Jahren, trat das Wehrstrafgesetz in Kraft.

Seit den zu dieser Zeit relativ zahlreich ergangenen Äußerungen zu den Entwürfen und zu der dann gefundenen Lösung hat die Diskussion über dieses Sonderstrafrecht mehr und mehr nachgelassen, was nicht zuletzt daran liegen mag, daß im strafrechtlichen Bereich die große Reformarbeit am Strafgesetzbuch alle Aufmerksamkeit auf sich zieht; denn Ansätze zu einer kritischen Stellungnahme bergen einige Vorschriften des Wehrstrafgesetzes durchaus in sich.¹⁾

Die vorliegende Arbeit möchte sich als Ansatz zu einer konstruktiven Kritik der in § 22 WStG getroffenen Regelung verstehen.

Dabei werden die Fragen der Unverbindlichkeit des Befehls (§ 22 (1) 1 WStG) und des Irrtums des Untergebenen darüber im Mittelpunkt stehen (§ 22 (1) 2 und (2), (3) WStG).

Wann ein Befehl unverbindlich ist, d. h. so beschaffen, daß der Angewiesene ein Recht hat, seine Befolgung zu verweigern, ist ein öffentlich - rechtliches Problem; denn die Bundeswehr gehört zur voll-

1) Vgl. dazu z. B. die vor nicht langer Zeit erschienene Besprechung des § 19 WStG, insbesondere der Strafbarkeit des Versuchs in § 19 (2) WStG durch Reinhard v. Hippel in NZWehrR 1969, S. 217 ff.

ziehende Gewalt, und der Befehl ist daher eine hoheitlich ergehende Maßnahme. Die Befehlslehre hat sich aber vom Strafrecht her entwickelt, und zwar weil das öffentliche Recht sich erst relativ spät herausgebildet und Einfluß gewonnen hat. Deshalb wird eine öffentlich - rechtliche Betrachtung der militärisch äußerst bedeutsamen Gehorsamsregelung erst mehr und mehr selbstverständlich. Hier will unsere Arbeit versuchen, einige Überlegungen hinzuzufügen, insbesondere aufzuzeigen, daß eine öffentlich - rechtliche Betrachtung durchaus nicht dazu führen muß, typisch militärische Erfordernisse, wie z. B. die Notwendigkeit der Disziplinwahrung, in den Hintergrund zu drängen.

Bei den Irrtumsregelungen stellt sich im Grunde genommen dieselbe Frage wie bei § 113 StGB: Muß es in Kauf genommen werden, daß der Soldat, der nur irrig ein Recht zur Befehlsverweigerung annimmt und deshalb gegen einen zu befolgenden Befehl in seinem Ungehorsam 'Widerstand leistet', milder bestraft wird oder gar straflos ausgeht, oder hat der Untergebene, der aus diesem Grunde die Ausführung verweigert, strafrechtlich das volle Risiko seines Irrtums zu tragen? Hier werden wir die Irrtumsvorschriften des § 22 WStG an den Kriterien für die Beachtlichkeit des Irrtums messen, wie sie in letzter Zeit in der Diskussion zu einem neuen Strafgesetzbuch besonders klar herausgearbeitet worden sind und wie sie auch als absolute Mindestforderungen bereits aus dem Bonner Grundgesetz hergeleitet werden können.

Zum Schluß soll, um unsere Überlegungen in ein

greifbares Ergebnis einmünden zu lassen, ein Vorschlag für einen dogmatisch unbedenklichen § 22 WStG de lege ferenda gemacht werden, was uns besonders deshalb sinnvoll erscheint, da der § 22 WStG im Zuge der Strafrechtsreform neu gefaßt werden soll.

1. A B S C H N I T T

DER TATBESTAND DER UNGEHORSAMSDELIKTE

I. Der Befehl

1. Unverbindlichkeit, Befehl und Tatbestand der Ungehorsamsdelikte

Im ersten Hauptteil unserer Arbeit beschäftigen wir uns mit der Unverbindlichkeit des Befehls.¹⁾ Dazu besagt § 22 (1) 1:²⁾

..... handelt der Untergebene nicht rechtswidrig, wenn der Befehl nicht verbindlich ist,

Aus der Formulierung 'wenn der Befehl nicht verbindlich ist' wird deutlich, daß die Verbindlichkeit kein Bestandteil der Befehlsdefinition selbst ist, aber doch Verbindlichkeit und Unverbindlichkeit als Eigenschaften des Befehls mit dem Befehlsbegriff eng verbunden und auf ihn bezogen sind.

Wir wollen daher zunächst diesen Befehlsbegriff klären, um damit die Unverbindlichkeit deutlich von ihm abschichten zu können.

1) Wir folgen dabei dem Aufbau des § 22, der in seinem Abs. 1 Satz 1 eine Regelung der Unverbindlichkeit enthält, aber auch der Sachlogik; denn die Unverbindlichkeit ist Gegenstand der dem § 22 (1) 1 nachfolgenden Irrtumsregelungen, und daher vorab zu erörtern.

2) §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des Wehrstrafgesetzes (WStG)

Diese Abgrenzung ist insoweit dogmatisch bedeutsam, als der Befehl Tatbestandsmerkmal in allen Ungehorsamsdelikten ist, - militärischer Ungehorsam ist begrifflich Auflehnung gegen einen Befehl - , die Unverbindlichkeit aber, was sich ebenfalls deutlich aus der oben zitierten Wendung des § 22 (1) 1 ergibt, erst im Bereich der Rechtswidrigkeit relevant wird.

Bei der Erörterung des Befehlsbegriffs wird daher auch gleichzeitig deutlich werden, wie der Gesetzgeber Tatbestand und Rechtswidrigkeit der Ungehorsamsdelikte ausgestaltet und voneinander abgegrenzt hat. Dies wird uns sogleich mitten in die Problematik des § 22 hineinführen.

Nach der Legaldefinition des § 2 Nr. 2 ist

ein Befehl eine Anweisung zu einem bestimmten Verhalten, die ein militärischer Vorgesetzter (§ 1 Abs. 4 des Soldatengesetzes) (3) einem Untergebenen schriftlich, mündlich oder in anderer Weise, allgemein oder für den Einzelfall und mit dem Anspruch auf Gehorsam erteilt.

Die Herausnahme der Verbindlichkeit aus dem Tatbestand bewirkt, daß "Anspruch" in dieser Definition nicht wie sonst in der Rechtssprache als Berechtigung zu einer Forderung, hier des Gehorsams, verstanden werden kann,⁴⁾ der auf der Seite des Untergebenen

3) Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten (Soldatengesetz) vom 19. März 1956 (BGBl. I 114), letztes Änderungsgesetz vom 21. Juli 1970 (BGBl. I 1120).

4) Vgl. z.B. §§ 194 BGB, 23 GVG.

eine Verpflichtung zum Gehorsam gegenübersteht; denn eine solche Verpflichtung besteht nur gegenüber einem Befehl, der verbindlich ist. Die Verbindlichkeit ist aber nach § 22 (1) 1, wie bereits oben gesagt, ein Merkmal der Rechtswidrigkeit und damit nicht des zum Tatbestand gehörenden Befehlsbegriffs selbst.

Anspruch auf Gehorsam kann damit nur subjektiv verstanden werden,⁵⁾ entsprechend etwa dem Merkmal 'in gebietender Weise' der früheren militärrechtlichen Jurisdiktion.⁶⁾

Da auch der nichtdienstliche Zweck des Befehls Unverbindlichkeitsgrund ist und damit der dienstliche Zweck ebenfalls nicht mehr zum Befehlsbegriff gehört,⁷⁾ wie dies zur Zeit des MStGB⁸⁾ galt, als Befehl nur der Befehl in Dienstsachen war,⁹⁾ liegt das Tatbestandsmerkmal "Befehl" auch schon dann vor, wenn der Vorgesetzte etwas verlangt, wozu der Untergebene gar nicht verpflichtet ist.

5) Dazu, daß die subjektive Ausgestaltung dieses Merkmals im WStG nicht völlig eindeutig und bedenkenfrei ist, vgl. Lammich, NZWehrR 1970, S. 47 f.

6) RGSt 58, 110; 64, 66 (69); Lackner in D-L-S (Dreher-Lackner-Schwalm) § 2 RNr. 11.

7) Nach Rittau ist unter einem Befehl auch heute nur der Befehl in Dienstsachen zu verstehen. Rittau, WStG, § 2 Anm. 2 und Vorbem. v. § 19 Anm. 1 und 2 II und, unter Berufung auf Dietz, S. 48, Rittau, SoldatenG, § 11Anm. 1 I. Diese Auffassung ist angesichts der §§ 2 Nr. 2 und 22 (1) 1 abzulehnen.

8) Militärstrafgesetzbuch v. 20. Juni 1872 (RGBl. I 174) i.d.F.v. 16. Juli 1935 (RGBl. I 1021).

9) Vgl. den Wortlaut der §§ 92 (1) und 47 MStGB.

Der Inhalt des Befehls ist damit völlig gleichgültig. Ob der Vorgesetzte die Ausführung eines Verbrechens fordert oder etwas verlangt, das in keinem Zusammenhang mit dem Dienst steht, oder ob er eine rechtmäßige, dienstliche Anweisung erteilt, macht für die Bejahung eines Befehls keinen Unterschied. Entscheidend ist allein die Aufforderung zu einem bestimmten Tun in gebietender Weise.

Es ist leicht einzusehen, daß diese wertfreie, rein formal¹⁰⁾ gehaltene Fassung des Befehlsbegriffs dazu führt, daß der Tatbestand der Ungehorsamsdelikte sehr weit wird.

Da tatbestandsmäßig bereits auch dann Ungehorsam vorliegt, wenn der Soldat einen unverbindlichen Befehl nicht befolgt, obwohl doch das Nichtbefolgen einer nicht zum Gehorsam verpflichtenden Anweisung begrifflich kein materielles Unrecht sein kann, könnte gefolgert werden, der Tatbestand der Ungehorsamsdelikte umschreibe nicht das typische Unrecht eines militärischen Ungehorsamsdelikts,¹¹⁾ sondern greife in seiner weiten Fassung in einen unrechtsneutralen Raum hinaus.¹²⁾ Wenn jedoch bedacht wird,

10) Lackner in D-L-S, § 2 RNr. 6.

11) Dies ist aber Funktion des Tatbestands. So Jescheck, Lehrbuch, S. 167, 217; Wessels, S. 16.

12) So führt Welzel in der 6. Auflage seines Lehrbuchs von seiner Theorie der offenen Tatbestände her die Ungehorsamstatbestände als offene, die Rechtswidrigkeit nicht indizierende Tatbestände auf. Vgl. Welzel, Strafrecht, 6. Aufl. S. 73. Anders dann in den folgenden Auflagen nach der Kritik dieses Begriffes durch Roxin, Offene Tatbestände, S. 97 ff.

daß der Vorgesetzte im allgemeinen nur Befehle erteilen wird, die einen dienstlichen Zweck haben, die Menschenwürde des Untergebenen achten und von diesem auch nicht die Begehung eines Vergehens oder Verbrechens verlangen, wird deutlich, daß auch bei den Ungehorsamsdelikten ein Regel - Ausnahme Verhältnis zwischen Tatbestand und Rechtswidrigkeit in der Feststellung des Unrechts¹³⁾ besteht, mithin der Tatbestand der Ungehorsamsdelikte auch in seiner weiten Fassung die Rechtswidrigkeit indiziert.¹⁴⁾ Regelmäßig liegt im Nichtbefolgen eines Befehls ein strafwürdiges Unrecht, nur ausnahmsweise ist der Ungehorsam wegen Unverbindlichkeit der Anweisung gerechtfertigt.

Die weite Fassung des Tatbestands der Ungehorsamsdelikte ist auch insoweit unbedenklich, als erst im Bereich der Rechtswidrigkeit die endgültige Entscheidung über Recht oder Unrecht der Tat fällt, die Feststellung eines tatbestandsmäßigen Verhaltens damit für den Täter noch keine Diskriminierung bedeutet.

Dennoch bedarf es einer Erklärung, warum der Gesetzgeber das eigentlich das Unrecht der Ungehorsamsdelikte mit begründende Merkmal der Verbindlichkeit des Befehls aus dem Tatbestand herausgenommen und im Bereich der Rechtswidrigkeit angesiedelt hat. Die Antwort auf diese Frage erscheint uns als Schlüssel zum Ver-

13) Jescheck, Lehrbuch, S. 218.

14) Der Tatbestand indiziert die Rechtswidrigkeit
Vgl. Baumann, S. 245 ff; Wessels, S. 17; Schwarz-Dreher, Vorbem. v. § 1 Anm. B II 1c.

ständnis des § 22 mit seinem besonderen Irrtumsregelungen.

Mit der Verlagerung der Unverbindlichkeit in den Bereich der Rechtswidrigkeit wird zugleich die Irrtumsproblematik verschoben. Durch die in § 22 getroffene Lösung ist ein Teil dessen, was sonst Tatbestandsirrtum sein würde, nun der Regelung des Irrtums über die Rechtswidrigkeit unterworfen.¹⁵⁾ Es schien den Schöpfern des Wehrstrafrechts aus Gründen der Wahrung der militärischen Disziplin unerlässlich, die Möglichkeit einer Berufung auf einen vorsatzausschließenden¹⁶⁾ Irrtum auszuschließen.¹⁷⁾

War zur Zeit der Geltung des MStGB die Verbindlichkeit objektive Bedingung der Strafbarkeit gewesen,¹⁸⁾ der Irrtum darüber mithin gänzlich unbeachtlich, so wollte man nun einen Mittelweg gehen. Der Irrtum sollte zwar beachtlich sein, aber nicht als Tatbestandsirrtum den Vorsatz ausschließen können. Es sollte die Möglichkeit offenbleiben, den über die Verbindlichkeit irreenden Soldaten differenzierend nach vermeidbarem oder unvermeidbarem Irrtum wegen vorsätzlicher Tat

15) Vgl. dazu v. Richthofen, § 22 Anm. 6.

16) § 22 (2) und (3) folgen der reinen Schuldtheorie, d. h. sie erfassen auch den Irrtum über den rechtfertigen Sachverhalt. Vgl. dazu ausführlich unten S. 107 ff

17) Vgl. Lackner in D-L-S, § 2 RNr. 6; Bundesjustizminister v. Meerkatz, Verh. d. DBT, Sten. Ber. Bd. 35, S. 10852; Jescheck, Befehl, S. 88.

18) So grundlegend RMG 7, 175 (179), ebenso die damalige h.L. im Schrifttum, vgl. Romen-Rissom, § 92, Anm. 9 b m.w.N. Zur Begründung dieser Rechtssprechung vgl. Arndt, GA 1957, S. 48 und WStG, S. 192.

bestrafen zu können.¹⁹⁾

Die Irrtumsregelungen des § 22 befreien allerdings den Täter in noch geringerem Umfange von Strafe, als dies nach der Strafrechtsdogmatik beim Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund der Fall zu sein hat. Mit den Problemen, die sich daraus ergeben, werden wir uns unten²⁰⁾ eingehend auseinandersetzen.

Der weitgehend wertfreien Ausgestaltung der Ungehorsamstatbestände durch die Verlagerung des dienstlichen Zwecks und der Verbindlichkeit entspricht eine starke materielle Auffüllung der Ebene der Rechtswidrigkeit. Dies macht ohne weiteres ersichtlich, welch zentrale Bedeutung dem § 22 als gesetzlicher Regelung zur Ermittlung der Rechtswidrigkeit und der Beachtlichkeit des Irrtums über einen Rechtfertigungsgrund für die Frage der Strafbarkeit wegen Ungehorsams zukommt.

Dennoch ist auch das, was als Umschreibung des Tatbestandes verbleibt, für unsere Überlegungen zu § 22 von Interesse.

19) Bei Annahme eines Tatbestandsirrtums könnte nur wegen fahrlässiger Tat bestraft werden. Da der Fahrlässigkeitstatbestand des § 21 ein leichtfertiges Nichtbefolgen, also grobe Fahrlässigkeit voraussetzt, käme bei leichter Fahrlässigkeit trotz Eintritts einer schweren Folge (§ 2 Nr. 3) nur eine disziplinarische Ahndung in Betracht.

20) S. 99 ff

2. Der Irrtum über die Vorgesetzteneigenschaft.

Das Tatbestandsmerkmal "Befehl" ist ein Rechtsbegriff, der als Abkürzung einen Komplex von rechtlichen und tatsächlichen Merkmalen²¹⁾ zusammenfassend in den Tatbestand aufnimmt. Auch der Begriff des "Vorgesetzten" wird als Teil der Befehlsdefinition damit über das ihn umfassende Tatbestandsmerkmal selbst mittelbar Teil des Tatbestands.

Dies hat, da Vorgesetzter ein normatives Merkmal²²⁾ ist, zur Folge, daß bei einem Irrtum des Untergebenen über die Vorgesetzteneigenschaft des Anweisenden nicht ausschließlich über § 3 (1) der § 59 StGB (§ 16 nStGB)²³⁾ anzuwenden ist, sondern die Fehlvorstellung als Subsumtionsirrtum, wenn dieser zugleich das Verbotensein der Tat verschleiern, Verbotsirrtum sein kann;²⁴⁾ denn der Untergebene kann in zweierlei Hinsicht über die Vorgesetzteneigenschaft irren. Einmal ist möglich, daß er die tatsächliche Situation nicht richtig erfaßt, so wenn er z. B. als LKW Fahrer bei einer Geländeübung glaubt, das ihm gegebene Zeichen

21) v. Hippel spricht insoweit von Komplexmerkmalen, Robert v. Hippel, StGB, S. 138; vgl. auch Schönke-Schröder, § 59 Rn. 37 und 39.

22) Wer Vorgesetzter ist, kann nur durch eine Wertung festgestellt werden, durch Messen des Merkmals an einer Norm, hier der VorgesVO.

23) Nach Inkrafttreten des Zweiten Gesetzes zur Reform des Strafrechts v. 4. Juli 1969 am 1. Oktober 1973.

24) Vgl. dazu v. Weber, GA 1953, S. 164; Baumann S. 402.

zur Weiterfahrt stamme nicht von seinem Kompaniechef, sondern von einem fremden Offizier und aus diesem Grunde den Befehl nicht befolgt.²⁵⁾ Dieser Irrtum auf tatsächlichem Gebiet schließt unstreitig den Vorsatz aus.²⁶⁾ Zum anderen kann der Untergebene die Befehlsausführung deshalb verweigern, weil er beispielsweise irrig annimmt, der Hauptmann der Nachbarkompanie, den er als solchen kennt, könne ihm in keinem Fall einen Befehl erteilen.²⁷⁾ Hier hat der Untergebene den Sachverhalt richtig erkannt, sein Irrtum besteht nur in einer unrichtigen Subsumtion aufgrund einer falschen Auslegung der speziellen Regelung der Befehlsbefugnis in der Vorgesetztenverordnung.²⁸⁾ Wenn dieser Irrtum, wie im vorliegenden Fall, dazu führt, daß der Soldat die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens nicht erkennt, da er glaubt, keinen Befehl erhalten zu haben, und

-
- 25) Ein allgemeines Vorgesetztenverhältnis aufgrund des Dienstgrades, wie es zur Zeit des MStGB bestand, gibt es nicht mehr. Offiziere und Unteroffiziere haben gegenüber Mannschaften generelle Befehlsbefugnis nur innerhalb der Kompanien und entsprechenden Einheiten (vgl. § 4 (1) VorgesVO). Der Offizier der Nachbarkompanie kann daher ohne besondere Anordnung oder eigene Erklärung zum Vorgesetzten einem nicht zu seiner Kompanie gehörenden Soldaten keinen Befehl erteilen.
- 26) Vgl. dazu Schönke-Schröder, § 59 RNrm. 35 und 39.
- 27) Aufgrund besonderer Anordnung oder eigener Erklärung ist dies nach der VorgesVO jedoch durchaus möglich (§§ 5 (1) und 6 VorgesVO).
- 28) Verordnung über die Regelung desmilitärischen Vorgesetztenverhältnisses v. 4. Juli 1956 (BGBl. I 459) mit zahlreichen Änderungsverordnungen, abgedruckt in Scherer, SoldatenG.

daher untätig bleiben zu dürfen, so liegt in diesem Subsumtionsirrtum gleichzeitig ein Verbotsirrtum.²⁹⁾

Für unsere Bearbeitung bedeutsam ist nun die Frage, ob bei diesem Bewertungsirrtum die allgemeinen Grundsätze des Strafrechts zum Verbotsirrtum eingreifen, oder ob die militärrechtliche Sonderregelung des § 22 (3) analog anzuwenden ist. Die Antwort hierauf müssen wir solange zurückstellen, bis das Verhältnis dieser beiden Irrtumsregelungen zueinander hinreichend geklärt ist, und wir insbesondere wissen, ob der § 22 (3) überhaupt im Wehrstrafrecht Anwendung finden kann.³⁰⁾

3. Der Irrtum über den fachdienstlichen Zweck.

Noch ein weiteres Irrtumsproblem ist bei der Erörterung des Befehls als Tatbestandsmerkmal im Hinblick auf § 22 zu bedenken.

29) Vgl. dazu Jescheck, Lehrbuch, S. 212; BGHSt 13, 135 (138). Nach einer abweichenden Meinung trägt der Täter das Risiko eigener Auslegungsversuche selbst. So z. B. Schönke-Schröder, § 59 RNr. 39 m.w.N. Auch die Kommentare zum WStG lösen diesen Irrtumsfall unterschiedlich. Für Beachtlichkeit: Kohlhaas, WStG, § 2 Anm. 2 b; Rittau, SoldatenG, § 1 Anm. 4 V, dagegen: Lackner in D-L-S, § 2 RNr. 10, S. 39.

30) § 22 (3) ist verfassungsrechtlich problematisch und daher möglicherweise nichtig. Vgl. dazu unten S. 131 ff

In ihrem § 2 beschränkt die Vorgesetztenverordnung die Befehlsbefugnis des Fachvorgesetzten auf Befehle zu fachdienstlichen Zwecken.

Da nach der Definition des § 1 (4) 1 des Soldatengesetzes Vorgesetzter ist, wer befugt ist, einem Soldaten Befehle zu erteilen,³¹⁾ sind Befehlsbefugnis und Vorgesetztereigenschaft gleichzusetzen.³²⁾ Weil aber nach § 2 der Vorgesetztenverordnung der Fachvorgesetzte nur die 'Befugnis hat, einem Soldaten im Dienst zu fachdienstlichen Zwecken Befehle zu erteilen', könnte geschlossen werden, daß eine Befehlsbefugnis, sprich Vorgesetztenstellung, hier nur insoweit vorliegt, als der Befehl zu fachdienstlichen Zwecken ergeht.

Ist diese Deduktion richtig, ist der fachdienstliche Zweck im Gegensatz zum dienstlichen Zweck,

31) Um Mißverständnisse auszuschließen, sei zu dieser Definition gesagt: Wer befugt ist, einem Soldaten Befehle zu erteilen, ist nicht dadurch generell Vorgesetzter, sondern nur gegenüber dem oder den Soldaten, denen er im Einzelfall nach der einschlägigen Vorschrift der VorgesVO Befehle erteilen darf. So kann der Fachvorgesetzte Befehle nur im Fachdienst den daran teilnehmenden Soldaten erteilen, der Kompaniechef grundsätzlich nur Angehörigen seiner Kompanie.

32) Scherer, SoldatenG, § 1 Anm. V; Rittau, SoldatenG, § 1 Anm. 4; Arndt, WStG, S. 169.

der erst im Bereich der Rechtswidrigkeit relevant wird, als Voraussetzung der Vorgesetztenstellung Bestandteil des Tatbestandsmerkmals Befehl, so kann ein Irrtum über dieses normative Element unter den gleichen Voraussetzungen wie der Irrtum über das normative Element der Vorgesetztenstellung in den oben behandelten Fällen³³⁾ Tatbestandsirrtum sein³⁴⁾ und damit auch als Subsumtionsirrtum möglicherweise nach § 22 beachtlicher Verbotsirrtum.

Bedenken gegen die Einordnung des fachdienstlichen Zwecks als Bestandteil der Vorgesetzteneneigenschaft ergeben sich daraus, daß dies im Widerspruch zur Legaldefinition des Befehls in § 2 Nr. 2 stehen würde. § 2 Nr. 2 definiert den Befehl formal und verzichtet auf inhaltliche Kriterien. Gleichwohl würde nach § 2 der Vorgesetztenverordnung im fachdienstlichen Zweck eine besondere materielle Qualität der Anweisung zum konstituierenden Merkmal der Vorgesetztenstellung und damit des Befehls gemacht. Beziehen wir somit in unsere Überlegungen mit ein, daß die Befehlsdefinition ex lege formal ist, so kann § 2 der Vorgesetztenverordnung nicht ein inhaltliches Kriterium dafür entscheidend sein lassen, daß ein Befehl gegeben ist.³⁵⁾

33) S. 12 ff

34) So Arndt inGA 1957, S. 52 und WStG, S. 194, wenn er dort Irrtümer über die Schranken einer sachlich begrenzten Befehlsbefugnis als Tatbestandsirrtümer bezeichnet. A.M. Lackner in D-L-S, RNr. 10 und 31.

35) Dies stimmt mit der Auffassung Lackners überein, wenn er feststellt, daß Vorgesetzter derjenige ist, der befugt ist, einem Soldaten Befehle zu erteilen, nicht nur insoweit er befugt ist zu befehlen, was z. B. für den Fachvorgesetzten bedeuten muß, daß er zwar im Fachdienst Befehle erteilen kann - nur dann hat er Befehlsbefugnis - aber nicht nur soweit der fachdienstliche Zweck reicht. Lackner in D-L-S, § 2 RNr. 10, S. 39 und RNr. 31.

Als Eigenschaft des Befehls gleicht der fachdienstliche Zweck dem dienstlichen Zweck.

Dies deutet auf eine Verwandtschaft zum nichtdienstlichen Zweck als Unverbindlichkeitsgrund hin. Bei der Prüfung der Unverbindlichkeitsgründe im Bereich der Rechtswidrigkeit wird daher weiter eine Einordnung des Begriffs und später dann auch eine Lösung der möglichen Irrtumsfälle versucht werden. Hier im Bereich des Tatbestands genügt als Ergebnis die negative Feststellung, daß der fachdienstliche Zweck nicht dem Tatbestand der Ungehorsamsdelikte zugeordnet werden kann,³⁶⁾ und sich damit auch keine hier zu lösenden Irrtumsprobleme ergeben.

Dasselbe wie für den fachdienstlichen Zweck muß auch für die Merkmale der "Notwendigkeit" und "Erforderlichkeit" gelten, durch die das Befehlsrecht des Vorgesetzten mit besonderem Aufgabenbereich (§ 3 VorgesVO), aufgrund besonderer Anordnung (§ 5 VorgesVO) und aufgrund eigener Erklärung (§ 6 VorgesVO) inhaltlich auf die Erfüllung der Zwecke beschränkt wird, um derentwillen allein das spezielle Über - Unterordnungsverhältnis begründet worden ist.

36) Im Ergebnis ebenso Lackner in D-L-S, § 2 RNrn. 10 und 31; a.M. Arndt, WStG, S. 170, vgl. insbesondere das dort angeführte Beispiel.

II. Der Anwendungsbereich des § 22.

Tathandlung in den Ungehorsamsdelikten ist das Nichtbefolgen eines Befehls.³⁷⁾ Für welche Straftatbestände § 22 gilt, läßt sich daher am besten bei der Erörterung dieses Merkmals feststellen.

Ein Nichtbefolgen wird - neben der Herbeiführung einer schwerwiegenden Folge³⁸⁾ - beim Ungehorsam i.e. S. (§ 19) und in dem Fahrlässigkeitstatbestand des § 21 vorausgesetzt.

Beim leichtfertigen Nichtbefolgen ist dabei der § 22 auch dann anzuwenden, wenn § 21 wegen eines Tatbestandsirrtums zur Anwendung gelangt, beispielsweise in dem Fall, daß der Untergebene den Befehl erhält, einen dienstlichen Brief zu befördern und irrig annimmt, lediglich gebeten worden zu sein. Liegt gleichzeitig neben diesem Tatbestandsirrtum ein Irrtum über den dienstlichen Zweck und damit über die Unverbindlichkeit des Befehls vor, z. B. wenn der Soldat glaubt, er sei um die Erledigung einer Privatsache gebeten worden, so führt dies dazu, daß die aus § 21 verwirkte Strafe nach § 22 zu ermitteln ist.

Allein § 20 setzt kein Nichtbefolgen voraus. Hier begründet die besonders demonstrative Form des

37) Zu der Ausnahme, bei der jedoch auch regelmäßig ein Nichtbefolgen gegeben sein wird, vgl. unten auf dieser Seite.

38) Schlichter Ungehorsam i.e.S. ist nur Disziplinarvergehen. { §§ 6 (1) WDO, 23 (1), 11 (1) 1 SoldatenG }

Aufbegehrens gegen die Anweisung bereits die Strafbarkeit.³⁹⁾

Über die ausdrückliche Verweisung auf die vorangehenden §§ 19 bis 21 im Wortlaut des § 22 hinaus findet § 22 auf weitere Tatbestände des Wehrstrafgesetzes Anwendung. So ist dem § 44 (5) zu entnehmen, daß, wenn die in § 44 unter Strafe gestellte Wachverfehlung im Nichtbefolgen eines Befehls liegt, § 22 entsprechend anzuwenden sei.⁴⁰⁾ Das Gleiche gilt, wenn das Nichtbefolgen sich gleichzeitig als Pflichtverletzung bei einem Sonderauftrag erweist und damit nach § 45 mit Strafe bedroht ist; denn § 45 verweist auf Tatbestand und Rechtsfolge des § 44.

Weiterhin kann sich nach § 27 (Meuterei) und § 28 (Verabredung zur Unbotmäßigkeit) die gemeinsame Auflehnung in einer Gehorsamsverweigerung verkörpern. Auch in diesen Fällen muß damit § 22 gelten.

39) Obwohl in den § 22 (2) und (3) an das Nichtbefolgen angeknüpft wird, sind diese auch auf den § 20 anwendbar. Das geht aus ihrer ausdrücklichen Bezugnahme auf die §§ 19 bis 21 hervor.

40) Da das Verhalten im Wachdienst weitgehend in Dienstvorschriften normiert ist, und diese, wenn sie bestimmte Anweisungen enthalten und dem Soldaten bekanntgemacht sind, als Befehle gelten (Schreiber, WStG, § 2 RNr. 11; OLG Schleswig, NZWehrK 1959, S. 144), wird auch dann regelmäßig Ungehorsam gegeben sein, wenn der Untergebene sich außerstande setzt, seinen Postendienst zu versehen (§ 44 (1) Nr. 1) oder seinen Posten verläßt (Nr. 2). § 22 wird daher für den § 44 insgesamt relevant, nicht nur für § 44 (1) Nr. 3.

Bei allen diesen Straftatbeständen des WStG ist § 22 (1) somit als Regel zur Feststellung der Rechtswidrigkeit in den Gesamttatbestand hineinzulesen, und muß die irrige Annahme der Unverbindlichkeit gemäß § 22 (2), (3) von Strafe befreien.

Schließlich gilt § 22 auch im Wehrdisziplinarrecht bei der Ahndung des schlichten Ungehorsams nach §§ 6 WDO, 23, 11 SoldatenG,⁴¹⁾ nicht gilt § 11 (1) 3 SoldatenG.

Eine Begründung dafür, warum nicht § 11 (1) 3 SoldatenG anwendbar ist, da doch das Soldatengesetz in seinen §§ 7 bis 23 und damit auch in § 11 materielles Disziplinarrecht enthält,⁴²⁾ findet sich in der Literatur, soweit ersichtlich, nicht. § 22 muß jedoch aus folgenden Gründen anstelle des § 11 (1) 3 SoldatenG herangezogen werden:

§ 11 (1) 3 SoldatenG enthält zwar eine dem § 22 ähnliche Regelung, stellt jedoch nur fest, wann im Ergebnis kein Ungehorsam vorliegt, eine Aussage, die erst durch den später ergangenen § 22 konkretisiert wird, der, auf § 11 SoldatenG aufbauend,⁴³⁾ differenzierter ausgestaltet ist. So sagt erst § 22 in seiner Ausformung als Rechtfertigungsgrund, wo genau der dogmatische Ort ist, an dem die Unverbind-

41) v. Mitzlaff in Baden-v. Mitzlaff, § 6 Anm. 5c; Krieger, S. 137; Dreher in D-L-S, § 22 RNr. 5 a.E.

42) Scherer, SoldatenG, § 23 Anm. I 1a; vgl. auch Faust, S. 23.

43) Dreher, JZ 1957, S. 396.

lichkeit die Bejahung des Gesamttatbestandes ausschließt.

Zudem geht die Irrtumsregelung des § 11 (1) 3 SoldatenG noch von der Verbindlichkeit als objektiver Bedingung der Strafbarkeit aus, was insoweit überholt ist, als gerade in § 22 nach einer im Bundestagsrechtsausschuß angeregten Änderung⁴⁴⁾ die Verbindlichkeit als zum Bereich der Rechtswidrigkeit gehörig festgelegt worden ist. Eine unterschiedliche Deutung des Begriffs der Verbindlichkeit im Wehrstrafrecht und im Wehrdisziplinarrecht ist aber nicht vertretbar und würde auch zu unhaltbaren Ergebnissen führen.⁴⁵⁾

Auch die allgemeinen Grundsätze des Strafrechts zur Beachtlichkeit des Irrtums über einen Rechtfertigungsgrund und damit auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hierzu gelten im Wehrdisziplinarrecht nicht. Das Wehrstrafgesetz geht mit seinem § 22 als lex specialis vor.⁴⁶⁾ Es steht dem ebenfalls nur für Soldaten geltenden Wehrdisziplinarrecht näher; denn Zweck beider Gesetze ist es, Zucht und Ordnung in der soldatischen Gemeinschaft aufrechtzuerhalten.

44) Vgl. Amtl. Prot. d. Sitzungen d. BTRA II 193. Sitzung, S. 18f, 194. Sitzung, S. 3

45) Die irrtige Annahme, der Befehl verstoße gegen die Menschenwürde, wäre bei schlichtem Ungehorsam z. B. stets unbeachtlich. Würde durch denselben Ungehorsam eine schwerwiegende Folge herbeigeführt, und läge damit ein Fall des § 19 vor, könnte nach § 22 (3) bei unverschuldetem Irrtum die Strafe nach Versuchsgrundsätzen gemildert werden.

46) So Krieger, S. 135 und 144 Leitsatz 6; a.M. Rittau, SoldatenG. § 11 Anm. 6 und § 23 Anm. 1 II b. Hodes und Faust lassen nicht klar erkennen, ob sie im Wehrdisziplinarrecht in allen Fällen die Rechtsprechung des BGH angewandt wissen wollen, oder beim Nichtbefolgen eines Befehls nicht. Faust, S. 43 f; Hodes, § 6 Anm. 1 b cc.

Fraglich ist noch, ob die Irrtumsvorschriften des § 22 auch für § 109 b StGB gelten, wie dies Auffassung des Bundestagsrechtsausschusses bei der Beratung des § 109 b StGB war.⁴⁷⁾

§ 109 b StGB bedroht den Zivilisten mit Strafe, der einen Soldaten zum Ungehorsam verleitet. Dabei wiederholt er in seinem Abs. 5 nur den § 22 (1) im Wortlaut, nicht jedoch Abs. 2 und 3, womit zwar festgestellt ist, daß auch der Zivilist bei Unverbindlichkeit des Befehls, zu dessen Nichtbefolgung er den Soldaten verleitet hat, gerechtfertigt ist, nicht jedoch, wie sein Irrtum über die Verbindlichkeit beurteilt werden muß.

Für § 109 b StGB gelten die allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze zur Beachtlichkeit des Verbotsirrtums uneingeschränkt.⁴⁸⁾

Begründet werden kann dies damit, daß nach § 1 (1) und (3) für Zivilpersonen die Vorschriften des Wehrstrafgesetzes nur bei Anstiftung und Beihilfe zu militärischen Straftaten gelten, § 109 b StGB aber einen völlig eigenständigen Tatbestand des Strafgesetzbuchs darstellt.⁴⁹⁾

47) Lackner in JZ 1957, S. 403.

48) Schönke-Schröder, § 109 b RNr. 22; Welzel, S. 495, Dreher in D-L-S, § 22 RNr. 2.

49) So Maurach, StGB BT, S. 612 f m.w.N. Als Fall einer zur selbständigen Strafbarkeit erhobenen Anstiftung sehen § 109 b StGB Welzel, S. 495 und Lackner, JZ 1957, S. 403. Auch danach wären noch die allgemeinen Vorschriften zum Verbotsirrtum anwendbar, nicht § 22. Vgl. Welzel, S. 495.

Für eine Anwendung der militärstrafrechtlichen Sonderregelung des § 22 (2) und (3) ist daher hier kein Raum. Dies Ergebnis steht auch im Einklang mit Sinn und Zweck dieser Irrtumsvorschrift, die als vom allgemeinen Strafrecht abweichende, strengere Regelung nur geschaffen worden ist, um zur Sicherung der Disziplin in der Truppe den Soldaten zu einer unverzüglichen Befehlsbefolgung anzuhalten.⁵⁰⁾

III. Zusammenfassung.

Als Ergebnis unserer Erörterung des Tatbestands der Ungehorsamsdelikte können wir feststellen:

Die Verbindlichkeit des Befehls ist nicht, obwohl sie den typischen Unrechtsgehalt der Ungehorsamsdelikte mitbegründet, als Bestandteil des Befehlsbegriffs Tatbestandsmerkmal, sondern wird gemäß § 22 (1) 1 erst im Bereich der Rechtswidrigkeit relevant. Damit wird in dogmatisch vertretbarer Weise die Irrtumsproblematik verschoben. Die irrige Annahme der Unverbindlichkeit entschuldigt nur als Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund.

Durch die Herausnahme der Verbindlichkeit und des dienstlichen Zwecks aus der Befehlsdefinition wird der Befehl zur bloßen Anweisung eines Vorgesetzten

50) Damit begründen ihre Auffassung, daß § 22 nicht anwendbar sei: Dreher in Schwarz-Dreher, § 109 b Anm. 2 B b; Lackner in Lackner-Maassen, § 109 b Anm. 6.

in gebietender Weise. Aus diesem Grunde können auch andere inhaltliche Kriterien wie der fachdienstliche Zweck des Befehls nicht Teil des Befehlsbegriffs sein, sondern allenfalls bei Nichtvorliegen als Unverbindlichkeitsgrund relevant werden.

Der Irrtum über das normative Merkmal Vorgesetzter, das als Bestandteil der Befehlsdefinition zum Tatbestand aller Ungehorsamsdelikte gehört, kann als Subsumtionsirrtum Verbotsirrtum sein und damit möglicherweise der Verbotsirrtumsregelung des § 22 (3) unterfallen.

§ 22 findet Anwendung auf die Tatbestände der §§ 19 bis 21, auf die §§ 27, 28, 44, 45, soweit dort das Nichtbefolgen eines Befehls oder eine Gehorsamsverweigerung vorausgesetzt wird.

Ebenfalls gilt § 22 im Wehrdisziplinarrecht, nicht jedoch für §109 b StGB.

2. A B S C H N I T T

DIE UNVERBINDLICHKEIT DES BEFEHLS

1. Zum Begriff der Unverbindlichkeit.

1. Systematische Stellung des Merkmals im Verbrechensaufbau.

In der gesetzlichen Umschreibung des Tatbestands der Ungehorsamsdelikte findet sich die Verbindlichkeit des Befehls, wie wir bereits festgestellt haben, nicht, vielmehr stellt § 22 (1) 1 in einer für alle Ungehorsamsdelikte geltenden Regelung fest, daß der Untergebene 'nicht rechtswidrig' handelt, wenn der Befehl nicht verbindlich ist.

Der von der Bundesregierung vorgelegte Entwurf eines Wehrstrafgesetzes¹⁾ sah in seinem § 22 die Verbindlichkeit noch als objektive Bedingung der Strafbarkeit. Damit wäre im Prinzip die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu dieser Frage kodifiziert worden, wonach Voraussetzung der Verbindlichkeit die Rechtmäßigkeit des Befehls war, die Rechtmäßigkeit aber objektive Bedingung blieb.²⁾ Der Bundestagsrechtsausschuß³⁾

1) BT Drucks. II 3040, S. 1 - 11

2) RMG 14, 157 (158); 22, 78; RGSt 59, 330 (335)

3) Vgl. die Ausführungen von Prof. Wahl und MDB Arndt in BTRA, Amtl. Prot. d. Sitzungen d. BTRA II 193. Sitzung, S. 17 f und den Schriftlichen Bericht des BTRA (Bericht Haasler) in Verh. d. DBT II 199. Sitzung, Sten. Ber. Bd. 35, S. 11319.

erhob jedoch dogmatische Bedenken gegen die Ausgestaltung dieses den Unrechtsgehalt der Ungehorsamsdelikte mitbegründenden Merkmals zu einer schuldneutralen, objektiv wirkenden Strafbarkeitsbedingung.⁴⁾ So wurde diese Lösung verworfen.

Die Einordnung als Tatbestandsmerkmal schied, obwohl dies die dogmatisch sauberste Lösung gewesen wäre, für die Schöpfer des Wehrstrafgesetzes aus, und zwar aus dem bereits erwähnten Grunde,⁵⁾ dem Untergebenen weitgehend die Möglichkeit zu nehmen, sich auf einen Tatbestandsirrtum berufen zu können.

Dennoch kann nach Auffassung LANGES und BOCKELMANNS durch die Unverbindlichkeit bereits der Tatbestand des Ungehorsams als ausgeschlossen angesehen werden.⁶⁾ LANGE beruft sich dabei auf § 11 (1) 3 SoldatenG, wo es heißt: "Ungehorsam liegt nicht vor, wenn ein Befehl ..."

Aus § 11 (1) 3 SoldatenG kann jedoch nur entnommen werden, daß diese Regelung in den von ihr erwähnten

4) Nach dem im Strafrecht geltenden Verschuldensgrundsatz muß zwischen den unrechtsbestimmenden Mermalen und der Schuld volle Kongruenz bestehen. Wird daher ein unrechtsbegründendes Merkmal aus dem Schuld-erfordernis herausgelöst, liegt ein Verstoß gegen das Schuldprinzip vor. Stree, JuS 1965, S. 466 m.w.N. Aus der verfassungsrechtlichen Literatur vgl. Sax in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Bd. 3, S. 953. Wird § 22 (3) für sich betrachtet, ist die Verbindlichkeit auch heute noch objektive Bedingung der Strafbarkeit.

5) Vgl. oben S. 10 f

6) Lange in Kohlrausch-Lange, § 109 b Anm. IX; Bockelmann, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 5, S. 87. Zu Unrecht führt Bockelmann dabei auch Kohlhaas, NJW 1957, S. 930 für seine Meinung ins Feld.

Fällen eine Bestrafung wegen Ungehorsams ausschließen will, nicht daß sie festlegt, wo im Deliktsaufbau - im Tatbestand oder bei den Rechtfertigungsgründen - die Unverbindlichkeit relevant wird.

Die Verbindlichkeit des Befehls wurde in § 22 (1) 1 dem Bereich der Rechtswidrigkeit zugeordnet. Sie kann damit, weil der Tatbestand der Ungehorsamsdelikte in seiner weiten Fassung das verbotene Tun nicht erschöpfend umschreibt, Rechtspflichtmerkmal sein, d. h. Verbrechensmerkmal, durch das die positive Bestimmung des Unrechts erst im Bereich der Rechtswidrigkeit nachgeholt wird.

Daß die Theorie WELZELS von den offenen Tatbeständen und Rechtspflichtmerkmalen bei der endgültigen Fassung des § 22 (1) 1 Pate gestanden hat, kommt zwar nicht in den Materialien zum Ausdruck, liegt jedoch deshalb nahe, weil angesichts der Problematik der Verbindlichkeit als objektiver Bedingung der Strafbarkeit im Entwurf der Bundesregierung und der deshalb erforderlich erscheinenden Änderung des § 22 (1) von Regierungsvertretern Gespräche mit dem Bonner Strafrechtslehrer geführt wurden.⁷⁾

So nennt WELZEL auch in der sechsten Auflage seines Lehrbuchs die Verbindlichkeit des Befehls ausdrücklich als 'besonders klaren' Fall eines Rechtspflichtmerkmals.⁸⁾

7) Darauf weist Dreher hin. Amtl. Prot. d. Sitzungen des BTARA II 194. Sitzung, S. 4

8) Welzel, S. 73 (6. Auflage). Welzel selbst spricht von speziellen Rechtswidrigkeitsmerkmalen.

Abgesehen von der grundsätzlichen Problematik des Versuchs, eine zweite Gruppe von Merkmalen neben den Rechtfertigungsgründen in den Bereich der Rechtswidrigkeit einzuordnen, und der überwiegenden Ablehnung, die diese Theorie in Literatur und Rechtsprechung gefunden hat,⁹⁾ spricht schon der Wortlaut des § 22 (1) 1 eindeutig gegen die Annahme eines Rechtspflichtmerkmals:

Geschieht die Ermittlung der Rechtswidrigkeit in der Regel negativ, indem festgestellt wird, daß die durch die Tatbestandserfüllung indizierte Rechtswidrigkeit nicht durch das Eingreifen eines Rechtfertigungsgrundes ausgeschlossen ist, so sollen die Rechtspflichtmerkmale umgekehrt zur Ergänzung eines offenen, d. h. nicht das typische Unrecht umschreibenden Tatbestandes, die Rechtswidrigkeit positiv umreißen.

In § 22 (1) heißt es jedoch nicht "handelt der Untergebene nur rechtswidrig, wenn", sondern negativ gefaßt "nicht rechtswidrig, wenn der Befehl nicht verbindlich ist."

Die Verbindlichkeit ist daher nicht Rechtspflichtmerkmal.¹⁰⁾

9) Vgl. Roxin, Offene Tatbestände, S. 53 ff und die dort auf S. 15 f angeführte Literatur pro und contra.

10) Roxin weist auch zurecht darauf hin, daß bei der Rechtswidrigkeitsprüfung im Grunde genommen stets ein negatives Verfahren anzuwenden ist. Auch bei den offenen Tatbeständen muß die Rechtswidrigkeit dadurch ermittelt werden, daß die dem Tatbestand in überschüssiger Weise unterfallenden Sachverhalte als nicht vorliegend ausgeschieden werden. Roxin, Offene Tatbestände, S. 56 f. Welzel nennt die Verbindlichkeit des Befehls heute nicht mehr als Rechtspflichtmerkmal. Welzel, S. 82 f.

Die Situation bei § 22 (1) 1 ist dieselbe wie auch sonst bei einem Rechtfertigungsgrund.

Im Nichtbefolgen des Befehls als Tatbestand wird in einer Art Rohabguß des kriminellen Geschehens mehr als das verbotene Verhalten umgrenzt, jedoch trotz der formalen Fassung nicht soviel mehr, daß nicht bereits durch den Tatbestand die Rechtswidrigkeit indiziert würde.

Der Vorgesetzte darf nur rechtmäßige Befehle erteilen,¹¹⁾ die rechtswidrigen und unverbindlichen sind daher die Ausnahmen. In der sozialen Wirklichkeit stellt sich damit der Tatbestand der Ungehorsamsdelikte als ausreichende Umschreibung des Deliktstypus dar. Die Indizwirkung erstarkt dann zum endgültigen Rechtswidrigkeitsurteil, wenn das ausnahmsweise Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes - hier der Unverbindlichkeit des Befehls - in einer negativen Prüfung verneint wird.

2. Unverbindlichkeit und Rechtswidrigkeit.

Die Unverbindlichkeit kann in § 22 (1) 1 auf verschiedenen Umständen - gleichsam Tatbeständen der Unverbindlichkeit - beruhen. So sind die drei Fälle genannt, daß der Befehl zu nichtdienstlichen Zwecken erteilt ist, die Menschenwürde verletzt, oder daß durch das Befolgen ein Verbrechen oder Vergehen begangen würde.

11) Vgl. § 10 (4) SoldatenG.

§ 22 (1) 1 stellt sich damit als eine Zusammenfassung einer Gruppe unterschiedlicher Unverbindlichkeitsgründe dar, für die gemeinsam er als Rechtsfolge den Ausschluß der Rechtswidrigkeit beim Ungehorsam feststellt. Das 'insbesondere' in der Formulierung des § 22 (1) 1 stellt dabei klar, daß diese Regelung Raum für weitere von Lehre und Rechtsprechung zu ermittelnde Unverbindlichkeitsgründe läßt.¹²⁾

Diese können nur aufgefunden und richtig eingegrenzt werden, wenn die maßgeblichen Kriterien des Merkmals "Unverbindlichkeit" feststehen.

Wir müssen daher feststellen, was Unverbindlichkeit i.S. des § 22 (1) 1 bedeutet.

Obwohl es schon begrifflich einem Rechtsstaat immanent zu sein scheint, daß er von seinen Bürgern nicht verlangen kann, etwas auszuführen, das gegen Rechtsvorschriften verstößt, ist es dennoch im Bereich hoheitlicher Handlungen weitgehend anerkannt, daß auch manche rechtswidrigen Entscheidungen respektiert, gewisse rechtswidrige Weisungen ausgeführt werden müssen und im Falle einer Weigerung sogar strafbares Unrecht vorliegen kann.¹³⁾

12) So auch die Materialien; vgl. Bericht Haasler in Verh. d. DBT II 199. Sitzung, Sten. Ber. Bd. 35, S. 11319.

13) Vgl. Rosenberg, S. 729 f für Gerichtsurteile; Wolff, VerwR I, S.328 für Verwaltungsakte.

Im militärischen Bereich wird zwischen Rechtswidrigkeit und Unverbindlichkeit einer Dienstanweisung unterschieden.¹⁴⁾

Rechtswidrig ist dabei der Befehl, dessen Erteilung, dessen Inhalt oder dessen Ausführung gegen die Rechtsordnung verstößt.¹⁵⁾

Bei der Behandlung der Unverbindlichkeit werden in der Literatur zum Wehrstrafrecht zumeist nur die einzelnen Unverbindlichkeitsgründe genannt¹⁶⁾ oder darüberhinaus noch festgestellt, daß Rechtswidrigkeit und Unverbindlichkeit sich nicht deckten und auch nicht voneinander abhängig seien,¹⁷⁾ eine Umschreibung dieses Begriffs findet sich nicht.

Auch wird anstatt von Unverbindlichkeit des Befehls von Unverbindlichkeit der Befehlsausführung¹⁸⁾ gesprochen. Beides ist zu trennen¹⁹⁾ und - dem Wortlaut des § 22 entsprechend - auf die Unverbindlichkeit des Befehls abzustellen.

14) Arndt, WStG, S. 75; für die Literatur zur Zeit der Geltung des MStGB: v. Kalberlah, ZWehrR, Bd. 7, S. 303.

15) Lackner in D-L-S, § 2 RNr. 13.

16) v. Richthofen, § 22 Anm. 2; Schreiber, WStG, § 22 Anm. 1 f.

17) Rittau, WStG, Vorbem. v. § 19 Anm. 2 V; Lackner in D-L-S, § 2 RNr. 22. Vgl. dazu unsere Definition unten auf S. 48

18) So Schwaiger, S. 158 und S. VIII.

19) So ist es auch wenig exakt, wenn Lackner in D-L-S, § 2 RNr. 22 schreibt: "Bei der Verbindlichkeit des Befehls handelt es sich um die Frage, ob der Untergebene verpflichtet ist, ihn zu befolgen..." Auch bei Verbindlichkeit des Befehls kann eine Verpflichtung zum Gehorsam entfallen, vgl. dazu unten im nächsten Absatz.

Unverbindlichkeit ist damit eine Eigenschaft des Befehls, das Nichtbefolgenbrauchen als Ergebnis einer rechtlichen Wertung ist davon zu unterscheiden. Es kann sich auch aus anderen Gründen als aus der Unverbindlichkeit des Befehls ergeben, z.B. aus einem Notstand oder aus Notwehr.²⁰⁾

Als unverbindlich bezeichnen wir daher vorerst den Befehl, der derart beschaffen ist, daß er für den Befehlsempfänger keine Befolgungspflicht begründen kann.

a) Möglichkeit einer Unterscheidung.

Teilweise wird in der strafrechtlichen Literatur bereits die Möglichkeit einer Unterscheidung zwischen Rechtswidrigkeit und Unverbindlichkeit geleugnet, und damit zugleich gefordert, daß schon bei Rechtswidrigkeit des Befehls eine Pflicht zur Befolgung entfallen müsse.

Dies vertrat besonders entschieden M. E. MAYER in dem um die Jahrhundertwende ausgetragenen Streit um die Möglichkeit eines rechtswidrig - verbindlichen Befehls, und zwar mit der Begründung, daß nicht denkbar sei, daß die Rechtsordnung einerseits erlaube und gebiete, was sie andererseits ausdrücklich verboten habe.²¹⁾

20) Vgl. dazu genauer unten auf S. 83 f

21) M.E.Mayer, Festschrift für Laband, S. 121, 137; a.M. v. Ammon, Der bindende rechtswidrige Befehl, S. 56 m.w.N. pro und contra. Vgl. auch die besonders zutreffende Wertung dieses Meinungsstreits bei Schmidt, Eberhard, MStGB, S. 57 ff.

Auch heute noch wird diese Meinung aus denselben Erwägungen der Rechtslogik heraus vertreten.²²⁾

Diese Auffassung ist jedoch nicht mit § 22 (1) 1 zu vereinbaren; denn danach sind im Bereich strafbarer und daher auch rechtswidriger Anweisungen nur Befehle zur Ausführung eines Verbrechens oder Vergehens unverbindlich, was im Umkehrschluß bedeutet, daß ein Befehl zur Begehung einer Übertretung obwohl rechtswidrig so doch verbindlich ist.²³⁾

Abgesehen davon, daß die Möglichkeit einer Unterscheidung damit bereits vom Wehrstrafgesetz vorausgesetzt wird, kann das dieser Trennung zu widersprechen scheinende Phänomen des rechtswidrigen, aber dennoch verbindlichen Befehls durchaus auch dogmatisch erklärt und eingeordnet werden, und zwar als Fall einer vom Gesetzgeber vorentschiedenen und daher scheinbaren, rechtfertigenden Pflichtenkollision.²⁴⁾

b) Notwendigkeit einer Unterscheidung.

Zur Zeit des Absolutismus war ein weitgehend bedingungsloser Gehorsam und daher die Unterscheidung rechtswidriger - unverbindlicher Befehl für den Staat

22) So von Baumann, S. 325; ähnlich Schönke-Schröder, Vorbem. v. § 51 RNr. 25.

23) Für diesen Umkehrschluß: Dreher, JZ 1957, S. 396; Scherer, SoldatenG, §11 Anm. I 3 c.

24) Von einer Pflichtenkollision spricht hier Stratenwerth, S. 12 ff, 165 ff; ähnlich schon Schwinge, § 47 Anm. II.

noch selbstverständlich.²⁵⁾ Doch schon im vorigen Jahrhundert wurde diese Unterscheidung fraglich.²⁶⁾ So änderte das Reichsgericht seine bisherige Auffassung und erhob die Rechtmäßigkeit zur Voraussetzung der Verbindlichkeit.²⁷⁾

Von daher erscheint es auf den ersten Blick erstaunlich, daß das neue Wehrstrafgesetz diese Unterscheidung in § 22 zum ersten Male in der Geschichte des Wehrstrafrechts kodifiziert, sodaß der Soldat bei der Nichtbefolgung bestimmter rechtswidriger Befehle nun von Gesetzes wegen mit Bestrafung wegen Ungehorsams oder disziplinarischer Ahndung rechnen muß.

Im Grunde genommen wurde jedoch die Notwendigkeit einer nicht nur auf rechtmäßige Befehle beschränkten Gehorsamspflicht stets und indirekt auch vom Reichsgericht²⁸⁾ anerkannt.

25) Vgl. das Dienstreglement für die preußische Infanterie v. 30. Sept. 1787, in dem Bestrebungen, auf die Rechtmäßigkeit abzustellen, energisch abgewehrt werden. Abgedr. in Battenberg, S. 25.

26) Vgl. oben Anm. 21.

27) RMG 20, 67 (69,74); 22, 78; RGSt 59, 330 (335) im Gegensatz zu RMG 13, 180 (182 f).

28) Das RG zog einmal den Kreis der rechtmäßigen Befehle sehr weit. Vgl. RGSt 59, 330 (336); RMG 10, 193 (195). Zum anderen wälzte es, indem es die Rechtmäßigkeit als objektive Bedingung der Strafbarkeit ansah, das Irrtumsrisiko ganz auf den Untergebenen ab, was dazu führen mußte, daß dieser, um dem Risiko einer Bestrafung auszuweichen, im Zweifel lieber gehorchte, zumal er bei Befolgung des Befehls sich nur in dem Ausnahmefall des § 47 MStGB strafbar machte. Schmidt lehnt diese Rechtsprechung daher auch als 'gekünstelte Konstruktion' ab, der gegenüber es gradliniger sei, die Verbindlichkeit gewisser rechtswidriger Befehle offen anzuerkennen. Schmidt, MStGB, S. 58 f.

Die Notwendigkeit einer Unterscheidung zwischen rechtswidrigen und unverbindlichen Befehlen ergibt sich aus typisch militärrechtlichen Gründen.

Zur Verdeutlichung ein Beispiel:

Kraftfahrer A erhält während eines Manövers die Anweisung, eine bestimmte Anzahl Kisten mit Munition zu einem Bataillonsgefechtsstand zu transportieren. Da A wohl weiß, daß er nach der StVO sein Fahrzeug nicht überladen darf, sich aber nicht genau im klaren ist, wieviel er laden darf, läßt er zur Vorsicht ein paar Kisten stehen. Dadurch erhält die Truppe zuwenig Munition, und die Übung kann nicht wie geplant zu Ende geführt werden.

An diesem Beispiel zeigt sich, daß die Grenzen der Rechtmäßigkeit für den Untergebenen oft nur schwer zu erkennen sind.²⁹⁾ Es würde daher die Entscheidungsfreudigkeit des Soldaten beeinträchtigen, wenn er für die Rechtmäßigkeit aller seiner Ausführungshandlungen voll verantwortlich wäre. Aus Gründen der Schlagkraft der Truppe,³⁰⁾ die nur gewährleistet ist, wenn Befehle ohne zu zögern prompt befolgt werden, kann es damit vom Untergebenen nicht verlangt werden, sich in der psychischen Drucksituation der Konfrontation mit der Ausführung eines Befehls auch noch mit Fragen der Rechtmäßigkeit beschäftigen zu müssen.

Dem Untergebenen müssen hier klarere Richtlinien an

29) Darauf weist in diesem Zusammenhang besonders Schmidt hin. Schmidt, MStGB, S. 58.

30) Darauf weisen hin: Schwinge, § 47 Anm. II; Rittau, MStGB, § 47 Anm. 2 c und WStG, Vorbem. v. § 19 Anm. 2 V; Arndt, NZWehrR, 1960, S. 149.

die Hand gegeben werden.³¹⁾

Ein weiteres Bedenken ergibt sich daraus, daß die Entscheidung, ob der Befehl ausgeführt wird oder nicht, zumeist in ihrer Auswirkung unkorrigierbar ist. Hat der Untergebene die Rechtmäßigkeit zu prüfen, würde im Zweifelsfalle faktisch er über das entscheidende Ob der Ausführung befinden und nicht der Vorgesetzte, der doch in der Regel die genauere Rechts- und Sachlagekenntnis haben wird. Dies würde daher zu einer Umkehr der Befehlspyramide in einer zu großen Anzahl von Fällen führen.

Letztlich ergibt sich für denjenigen, der auf die Rechtmäßigkeit abstellt, die Frage, ob nicht auch der Irrtum darüber entschuldigen muß, eine Konsequenz, die im Hinblick auf die Notwendigkeit einer prompten Befehlsausführung ebenfalls problematisch ist, da das Nichtbefolgen im Zweifelsfalle dann nicht nur dann straflos ist, wenn sich der Befehl objektiv als rechtswidrig erweist, sondern zum Teil auch dann, wenn der Untergebene nur an die Rechtswidrigkeit geglaubt hat, der Befehl also objektiv rechtmäßig erteilt war.

c) Abgrenzung zwischen Rechtswidrigkeit und Unverbindlichkeit.

Sprechen all diese Gründe dafür, im militärischen

31) Vgl. dazu unsere Definition der Unverbindlichkeit unten auf S.48

Bereich zwischen Rechtmäßigkeit und Verbindlichkeit zu unterscheiden, so gilt es nun eine Begriffsbestimmung der Unverbindlichkeit zu versuchen, und zwar nicht nur, um das Verhältnis zur Rechtswidrigkeit zu ermitteln, sondern in erster Linie, um ein Kriterium dafür zu finden, welche weiteren Unverbindlichkeitsgründe über die in § 22 (1) 1 genannten hinaus anzuerkennen sind.

Da die Unverbindlichkeit eine rechtliche Qualität des Befehls ist, müssen wir uns dabei zunächst über den Rechtscharakter des Befehls klarwerden.

Er ist eine hoheitliche Anweisung innerhalb eines besonderen Gewaltverhältnisses,³²⁾ und damit zwar kein Verwaltungsakt, weil nicht von einer Verwaltungsbehörde erlassen,³³⁾ jedoch einem Verwaltungsakt ähnlich. Die Kriterien für die Differenzierung zwischen rechtswidrigem, d. h. nur aufhebbarem aber sonst gültigem Verwaltungsakt einerseits und der nichtigen, d. h. in keiner Weise verbindlichen Anweisung andererseits, sind daher auf die Abgrenzung rechtswidriger - unverbindlicher Befehl rechtsähnlich anwendbar.³⁴⁾

Im Verwaltungsrecht werden dazu heute im wesentlichen drei Theorien³⁵⁾ vertreten, wobei grundsätzlich Einigkeit darin besteht, daß daran anzuknüpfen ist, ob die

32) Lackner in D-L-S, § 2 RNr. 14; Scherer, SoldatenG, § 11 Anm. I 3 b; Stratenwerth, S. 138 f.

33) So Wolff, VerwR I, S. 299. Als Verwaltungsakt sieht den Befehl Arndt in GA 1957, S. 49, beruft sich dabei aber zu Unrecht auf Forsthoff. Vgl. Fosthoff, Lehrbuch, S. 13.

34) So ausdrücklich Arndt, WStG, S. 116; Rittau, SoldatenG, § 11 Anm. 1 III; v. Mitzlaff, Wehrwiss. Rundschau 1957, S. 91.

35) Vgl. Wolff, VerwR I, S. 336; eine Darstellung aller heute vertretenen Auffassungen findet sich bei Heike, Diss. S. 29 ff.

Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsakts schwerwiegend ist oder nicht.³⁶⁾

WOLFF versucht in seiner Unmöglichkeitstheorie einen objektiven Maßstab zu finden, wenn er nur den Verwaltungsakt als nichtig ansieht, der unabhängig von besonderen, ihn möglicherweise rechtfertigenden Umständen bereits deshalb rechtswidrig ist, weil er eine im objektiven Recht überhaupt nicht vorgesehene Rechtsfolge ausspricht.³⁷⁾

FORSTHOFF³⁸⁾ und HUBER³⁹⁾ grenzen in teleologischer Betrachtungsweise danach ab, ob nach Zweckgesichtspunkten⁴⁰⁾ oder den beteiligten Rechtswerten⁴¹⁾ die Folge der Nichtigkeit oder Rechtswidrigkeit angezeigt ist.

Als dritte Theorie stellt schließlich die herrschende⁴²⁾ Evidenztheorie darauf ab, ob der Fehler schwerwiegend ist, was in einer teleologischen Betrachtungsweise festgestellt wird, und ob er sich darüberhinaus als offensichtlich erweist.⁴³⁾

Die Unmöglichkeitstheorie kann, abgesehen von der

36) Heike, S. 416.

37) Wolff, VerwR I, S. 336 f und MDR 1951, S. 525.

38) Forsthoff, VerwR I, S. 213 f, insbes. S. 215.

39) Huber, WVerwR, S. 691 ff, insbes. S. 696.

40) Forsthoff, VerwR I, S. 215.

41) Huber, WVerwR, S. 691.

42) Wolff, VerwR I, S. 336; Ule, DVBl. 1960, S. 611.

43) Merk, S. 870; Turegg-Kraus, S. 141; Landmann-Giersch-Proksch, S. 162; BVerwGE 19, 284 (287); § 34 EVwVerfG 1963.

grundsätzlichen Problematik einer rein rechtslogischen Abgrenzung,⁴⁴⁾ im Befehlsrecht bereits deshalb nicht herangezogen werden, weil jeder der in § 22 (1) 1 genannten Unverbindlichkeitsgründe dagegen spricht, daß die Abgrenzung zwischen rechtswidrigem und unverbindlichem Befehl im Wehrstrafrecht im Prinzip nach dieser Theorie erfolgt.

Ob z. B. der Befehl: "Heben Sie die Kiste in das Auto!" dienstlichen Zweck hat, hängt davon ab, ob es sich um eine Munitionskiste handelt, die auf einen Militärtransporter verladen werden soll, oder um eine Kiste mit Weinflaschen, die in das Auto des Vorgesetzten zu heben ist, mithin von den Umständen des Einzelfalles.

Inwieweit der Soldat durch den Befehl, in der Stube auf das Spind zu kriechen, in seiner Menschenwürde verletzt ist, kann ebenfalls nur aus den konkreten Umständen entschieden werden.

Schließlich kann die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens bei Vorliegen besonderer Umstände stets gerechtfertigt sein,⁴⁵⁾ dies gilt besonders, wenn der Rechtfertigungsgrund des Kriegsrechts mit einbezogen wird.

44) Vgl. die begründete Kritik an der Praktikabilität dieser Abgrenzung bei Bender, DVBl 1953, S. 35 f.

45) Wolff nennt zwar den Verstoß gegen Strafvorschriften auch als Nichtigkeitsgrund (VerwR I, S. 340), bei strikter Anwendung seiner Theorie ist dies jedoch nicht konsequent.

Nirgends wird daher in § 22 (1) 1 auf eine absolute, vom konkreten Sachverhalt unabhängige Rechtswidrigkeit abgestellt.

So muß auch STRATENWERTH, der die Unmöglichkeitstheorie im Befehlsrecht anwendet,⁴⁶⁾ um die im Gesetz genannten Unverbindlichkeitsgründe dogmatisch zu erklären, rechtstheoretische und teleologische Betrachtungsweise kombinieren. Unverbindlich sind nach ihm Befehle, die rechtlich unter keinen Umständen erteilt werden dürfen, und diejenigen, bei denen in einer wertenden Betrachtung der beteiligten Interessen die Pflicht zur Befehlsbefolgung hinter der kollidierenden Verpflichtung zur Beachtung der Rechtsordnung zurücktreten muß.⁴⁷⁾ Auch STRATENWERTH endet daher für die im Gesetz geregelten, weil praktisch relevantesten Unverbindlichkeitsgründe bei einer teleologischen Betrachtungsweise.

Bereits von der gesetzlichen Regelung in § 22 (1) 1 her ist daher die Theorie der absoluten Rechtswidrigkeit für die Abgrenzung rechtswidriger - unverbindlicher Befehl abzulehnen.

Die teleologische Betrachtungsweise dagegen eignet sich für die Anwendung im Befehlsrecht in besonderem

46) Verantwortung und Gehorsam, S. 111, 130.

47) Dabei ist seine Prämisse, ein rechtlich unmöglicher Befehl sei deshalb stets unverbindlich, weil in diesem Fall der Fehler offensichtlich sei, und deshalb die für die Gültigkeit der Anweisung sprechende Vermutung der Rechtmäßigkeit entfalle, durchaus angreifbar; denn ob ein Befehl unter keinen Umständen hätte erteilt werden dürfen, kann, z. B. bei verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten der Rechtsnorm, auf die sich der Befehl stützt, durchaus zweifelhaft sein. Vgl. die Beispiele bei Bender, DVBl. 1953, S. 35.

Maße. Sie stellt auf die jeweils beteiligten Rechtswerte und Interessen ab und ermöglicht es daher, im militärischen Statusverhältnis⁴⁸⁾ als Sonderverhältnis verwaltungsrechtlicher Art⁴⁹⁾ den typisch militärrechtlichen Erfordernissen weitgehend Rechnung zu tragen.⁵⁰⁾

Ihr ist daher bei der Ermittlung der Schwere des Fehlers zu folgen.

Die kollidierenden Interessen, aus deren wertender Betrachtung sich ergibt, ob die Anweisung zu befolgen ist oder nicht, liegen im Befehlsrecht klar zu Tage.

Auf der einen Seite besteht aus Gründen der Schlagkraft der Truppe, aus der sich weitgehend der Stellenwert einer Armee ergibt, die Notwendigkeit, daß Befehle möglichst ausnahmslos zu befolgen sind, auf der anderen Seite besteht im Rechtsstaat das Bedürfnis, dabei nicht Rechte Dritter, des Staates oder des Ausführenden selbst zu beeinträchtigen.

Zwischen diesen beteiligten Rechtswerten muß in einer Güter - oder Pflichtenabwägung⁵¹⁾ festgestellt werden,

48) Mann, DÖV 1960, S. 409.

49) Wolff, VerwR I, S. 184; Arndt, GA 1957, S. 49

50) So wendet auch Huber in einem anderen verwaltungsrechtlichen Sondergebiet, dem des Wirtschaftsverwaltungsrechts, die teleologische Methode an, um den dort gegebenen besonderen Interessen, der Verwaltungsautorität einerseits und dem Schutz der freiheitlichen wirtschaftlichen Entfaltung andererseits gerecht werden zu können. Huber, WVerwR. S. 691.

51) Stratenwerth, S. 165 f.

welche Verpflichtung wann für den Soldaten vorgeht: die Jedermannspflicht zum Rechthandeln oder die sich aus der besonderen Gewaltunterworfenheit ergebende Pflicht zur Befehlsbefolgung.⁵²⁾

Dabei können aus Gründen der Rechtssicherheit⁵³⁾ Gruppen schwerer⁵⁴⁾ Fehler als Falltypen in einem kategorialen Apparat⁵⁵⁾ zu bestimmten Unverbindlichkeitsgründen zusammengefaßt werden.

Als solche Falltypen erklären sich auch die drei im Gesetz genannten Unverbindlichkeitsgründe.

Unter den Befehlen, durch deren Ausführung eine mit Strafe oder Buße bedrohte Handlung begangen wird, sind diejenigen unverbindlich, die auf die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens hinauslaufen, von den Anweisungen, die in den persönlichen Rechtsbereich des Ausführenden selbst eingreifen, diejenigen, die ihn in seiner Menschenwürde verletzen, und von den Fällen der sachlichen Unzuständigkeit⁵⁶⁾ sind im militärischen Bereich Anweisungen insoweit unverbindlich, als sie gänzlich aus dem dienstlichen Rahmen herausfallen.

Wir haben somit ein Kriterium der Unverbindlichkeit gefunden:

52) Vgl. dazu S. 34 ff

53) Damit wird dem gegen die teleologische Betrachtungsweise erhobenen Vorwurf (z. B. bei Wolff, MDR 1951, S. 524) begegnet, sie werde dem Gebot der Rechtssicherheit nicht gerecht.

54) Zum Begriff des schweren Fehlers vgl. Forsthoff, VerwR I, S. 219, insbesondere Anm. 3

55) Forsthoff, VerwR I, S. 215 und 219.

56) Als Schranke der sachlichen Zuständigkeit sieht den dienstlichen Zweck Schnorr, JuS 1963, S. 299; Jescheck, Lehrbuch, S. 258 spricht von abstrakter Zuständigkeit; vgl. auch Scherer, SoldatenG, § 11 Anm. II 3.

Voraussetzung der Unverbindlichkeit ist, daß der Befehl grob rechtswidrig ist, wobei die Schwere des Fehlers in einer teleologischen Betrachtungsweise zu ermitteln ist.

Aber auch die Ersichtlichkeit des Fehlers ist im Befehlsrecht zur Bestimmung der Unverbindlichkeit mit heranzuziehen.

Hoheitliche Anweisungen tragen stets die Vermutung der Rechtmäßigkeit in sich,⁵⁷⁾ die sich aus der Autorität des Staates und dem Vertrauen auf die Fähigkeit der zuständigen staatlichen Stelle zu richtiger Entscheidung ergibt und für den Untergebenen nur dann entfällt, wenn der Befehl ersichtlich nicht mit der Rechtsordnung zu vereinbaren ist. Besonders in der Bundeswehr, wo ein zu echter Disziplin führendes Über - Unterordnungsverhältnis nur auf gegenseitigem Vertrauen aufgebaut werden kann, muß das Vertrauen des Soldaten in die Rechtmäßigkeit der Anordnung des Vorgesetzten geschützt werden, und die Unverbindlichkeit des Befehls daher erst dort beginnen, wo mit der Offensichtlichkeit des Fehlers das Vertrauen in die Rechtmäßigkeit der Anweisung aufhört.⁵⁸⁾

Noch aus einer weiteren Überlegung heraus erscheint es erforderlich, die Offensichtlichkeit des Rechtsverstoßes im Befehlsrecht mit zu berücksichtigen.

57) Stratenwerth, S. 48 ff; Mann, DÖV 1960, S. 415; Jescheck, Lehrbuch, S. 258.

58) Der Soldat hat im Gegensatz zum Beamten keine Pflicht, die Rechtmäßigkeit der Anweisung zu prüfen. Lackner in D-L-S, § 2 RNr. 16; § 56 (1) BBG, § 38 (1) BRRG.

Dazu zwei Beispiele:

1. Feldwebel F fordert den KvD⁵⁹⁾ kurz vor Dienstscluß auf, ihn und einige andere Unteroffiziere in ein nahegelegenes Restaurant zu fahren, in dem diese, wie der KvD weiß, oft abends zusammensitzen. Dabei kann der KvD aus Äußerungen unschwer entnehmen, daß dies auch für heute beabsichtigt ist.
2. Dieselbe Aufforderung erhält der KvD während eines Manövers, jedoch ohne daß er den Umständen etwas entnehmen kann.
 - a) In dem Gasthaus ist kurz vorher ein Gefechtsstand eingerichtet worden, was der KvD nicht weiß und auch nicht wissen soll.
 - b) Auch diesmal ist nur eine Privatfahrt beabsichtigt.

Die Befehle in Fall 1 und auch in Fall 2 b sind nach § 22 Abs. 1 unverbindlich, da sie keinen dienstlichen Zweck verfolgen. Dennoch erscheint es - wegen der ausdrücklichen Regelung dieser Problematik im geltenden Recht als Überlegung de lege ferenda - angezeigt, hier auf die Ersichtlichkeit des nichtdienstlichen Zwecks abzustellen, sodaß nur der Befehl in Fall 1 unverbindlich ist.

Nur in Fall 1 liegt der nichtdienstliche Zweck des Befehls auf der Hand. In Fall 2 hängt es von den näheren, dem Untergebenen nicht bekannten Umständen ab, ob der Befehl dienstliche Zwecke verfolgt oder nicht. Gehen wir von einem Untergebenen aus, dem auch

59) Kraftfahrer vom Dienst.

schon bei nicht ersichtlicher Rechtswidrigkeit
- hier durch die schlichte Dienstwidrigkeit des Befehls bedingt -⁶⁰⁾ die Möglichkeit eingeräumt ist, den Befehl zu verweigern, eine Möglichkeit, von der er auch Gebrauch machen soll, so muß der Vorgesetzte bei dienstlichem Zweck des Befehls (Fall 2 a), wenn er sichergehen will, daß sein Befehl ausgeführt wird, den Untergebenen über die genaue Sach- oder Rechtslage - je nachdem, wo ein Zweifel möglich ist - aufklären und ihn mit den von ihm verfolgten Zwecken vertraut machen; ein Ergebnis, das m. E. im Befehlsrecht nicht vertretbar ist.

Ein weiterer Grund dafür, auf die Offensichtlichkeit abzustellen, ergibt sich aus einem Vergleich mit der im Wehrstrafgesetz getroffenen Regelung, der sich hier aufdrängt.

Auch das geltende Recht geht davon aus, daß Befehle im Zweifel, d. h. bei fehlender Offensichtlichkeit des Verstoßes befolgt werden müssen,⁶¹⁾ nur wird dies dadurch erreicht, daß der Irrtum des Soldaten über die Verbindlichkeit weitgehend nicht von Strafe befreit.⁶²⁾

In § 22 wird dem Soldaten einerseits ein weitgehendes Recht zur Befehlsverweigerung eingeräumt, er aber

60) Die Rechtswidrigkeit des Befehls zu nichtdienstlichen Zwecken ergibt sich aus § 10 (4) SoldatenG. Arndt, WStG, S. 76. Daß der wegen Verstoßes gegen eine DienstVO dienstwidrige Befehl nach allgemeinen Grundsätzen dadurch nicht rechtswidrig wird, worauf Lackner in D-L-S, § 2 RNr. 13 hinweist, wird daher nicht relevant.

61) Vgl. die Ausführungen bei v. Richthofen, § 22 Anm. 8; Dreher, JZ 1957, S. 396; Schreiber, WStG, § 22 RNr. 4.

62) Vgl. die grundsätzliche Regelung des § 22 (3).

andererseits durch die Unbeachtlichkeit seines Irrtums darüber davon abgeschreckt, von diesem seinem Recht Gebrauch zu machen.

Der Gehorsam bei zweifelhafter Rechtswidrigkeit wird damit faktisch dadurch erreicht, daß das Risiko einer Bestrafung auch bei unvermeidbarem Irrtum es dem Soldaten nahelegt, einer eigenen Gewissensentscheidung aus dem Wege zu gehen und sich lieber für einen bequemen⁶³⁾ Gehorsam 'auf alle Fälle' zu entscheiden, eine Konsequenz, die der Gesetzgeber durchaus auch gesehen und gewollt hat.⁶⁴⁾

Hier erscheint es aufrichtiger, direkt auf die Erkennbarkeit abzustellen, und von dem Gedanken einer beschränkten Mitverantwortung des Untergebenen her konsequenter, dem in der militärischen Praxis notwendigen einfach - gradlinigen Denken entsprechend, das Recht des Untergebenen zur Befehlsverweigerung von vornherein auf die Fälle zu beschränken, in denen die Anweisung ersichtlich fehlerhaft ist.

Als offensichtlich fehlerhaft ist der Befehl dabei

63) Befolgt der Untergebene den Befehl, haftet er gemäß § 5 (1) nur dann, wenn er weiß oder es offensichtlich ist, daß er mit der Ausführung ein Verbrechen oder Vergehen begeht.

64) "Der gewissenhafte (!) Untergebene kann und soll wissen, daß er bei bloßem Zweifel unbesorgt gehorchen darf und er besser daran tut zu gehorchen." Begründung zum Entwurf eines Soldatengesetzes, BT Drucks. II 1700, S. 21; vgl. auch BT Drucks. II 3040, S. 31 f. Hier wirkt noch die Konstruktion des RG zur Unverbindlichkeit des Befehls als objekt. Bed. d. Strafbarkeit nach, die wir bereits oben als verfehlt abgelehnt haben. Vgl. S. 34 Anm. 28

dann zu bezeichnen, wenn ein objektiver Dritter,⁶⁵⁾ der um die dem Täter bekannten Umstände weiß, ohne weiteres Nachdenken erkennen kann,⁶⁶⁾ daß die Anweisung gegen die Rechtsordnung verstößt.⁶⁷⁾

Die Trennung rechtswidriger - unverbindlicher Befehl wird dabei in einer Abgrenzung gefunden, die dem Untergebenen zur sicheren Beurteilung des Umfangs seiner Gehorsamspflicht einen klaren und unmittelbar einsichtigen Maßstab an die Hand gibt.

Auch bleibt hierbei noch genügend Raum für den Soldaten, verantwortlich mitzudenken.

Die Verantwortlichkeit für die Befehlsausführung wird zwischen dem Vorgesetzten und dem Untergebenen in angemessener Weise verteilt. Ist der Vorgesetzte für die Rechtmäßigkeit des erteilten Befehls verantwortlich,⁶⁸⁾ wird dem Untergebenen nur aufgegeben, sein Rechtsbewußtsein stets dem eines aufmerksamen Durchschnittssoldaten seiner Dienststellung anzupassen, um dann, wenn dieser den Befehl ohne weiteres Nachdenken für rechtswidrig hält, zu demselben Ergebnis zu kommen.

65) Durch diese objektive Fassung wird dem gegen die Evidenztheorie vorgebrachten Bedenken (bei Wolff, MDR 1951, S. 524 und Forsthoff, ZMR 1952, S. 54) begegnet, unter offensichtlicher Rechtswidrigkeit könne jeder etwas anderes verstehen.

66) Das Erkennen bezieht sich somit nur auf die rechtliche Bewertung.

67) Auf die Offensichtlichkeit stellen ab: Arndt, WStG, S. 115 und NZWehrR 1960, S. 149; Jescheck, Befehl, S. 78 und StGB, S. 258; Stratenwerth, S. 54, 168, 208, wobei Stratenwerth allerdings, der Wolff'schen Unmöglichkeitstheorie folgend, unter offensichtlich etwas anderes versteht als wir. (Vgl. S. 208 f und 168 Anm. 7) Vgl. auch Mann, DÖV 1960, S. 415; Oehler, JuS 1963, S. 302 f; Bank, ZBR 1963, S. 163 ff.

68) Vgl. § 10 (4) SoldatenG.

Zusammenfassend ist somit festzustellen, daß eine Abgrenzung zwischen Unverbindlichkeit und bloßer Rechtswidrigkeit nach der im Verwaltungsrecht herrschenden Evidenztheorie in besonderem Maße den Erfordernissen des militärischen Statusverhältnisses nach einem klaren, die grundsätzliche Pflicht des Soldaten zum Gehorsam weitgehend respektierenden Abgrenzungskriterium Rechnung trägt. Dieser Theorie ist daher zu folgen.

Unverbindlich ist damit der schwerwiegend und offensichtlich rechtswidrige Befehl.⁶⁹⁾

69) Ebenso grenzt in der militärstrafrechtlichen Literatur Arndt ab, nach dem Befehle unverbindlich sind, die 'krass' (WStG, S. 115) oder 'ins Auge springend grob' (NZWehrR 1960, S. 149) rechtswidrig sind; vgl. auch Mann, DÖV 1960, S. 415 und die weitere unter Anm. 67 auf Seite 47 angeführte Literatur.

II. Einzelfälle der Unverbindlichkeit.

1. Die Unverbindlichkeitsgründe des § 22 (1) 1.

Die im Verwaltungsrecht vertretenen Theorien zur Abgrenzung der nichtigen von den nur anfechtbaren Verwaltungsakten bleiben nicht bei einer Definition der Nichtigkeit stehen, sondern enden alle in einem aus Gründen der Rechtssicherheit aufgestellten Katalog von Nichtigkeitsgründen.¹⁾

Parallel dazu haben sich auch in der wehrstrafrechtlichen Literatur und Rechtsprechung bestimmte Unverbindlichkeitsgründe herausgebildet, von denen drei nunmehr in § 22 (1) 1 gesetzlich geregelt sind.²⁾

Diese wollen wir nunmehr zunächst erörtern, und dabei jeweils am Ende feststellen, ob es sich wirklich um Fallgruppen einer schwerwiegenden und ersichtlichen Rechtswidrigkeit handelt, ob somit die von uns vertretene Theorie zur Abgrenzung der unverbindlichen von den nur rechtswidrigen Befehlen mit der gesetzlichen Regelung übereinstimmt.

a) Unverbindlichkeit des Befehls, der sich auf die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens richtet.

Nach § 22 (1) 1 ist der Befehl unverbindlich, wenn durch sein Befolgen ein Verbrechen oder Vergehen begangen würde.³⁾ Die Gehorsamspflicht tritt damit

1) Vgl. z.B. die Aufzählung bei Forsthoff, VerwR I, S. 222.

2) Vgl. die bei Lackner in D-L-S, § 2 RNrn. 24 ff aufgeführten Fallgruppen.

3) Auch im Verwaltungsrecht wird die Strafbarkeit der Ausführungshandlung als Nichtigkeitsgrund genannt. Vgl. Forsthoff, VerwR I, S. 239.

dann zurück, wenn bei der Ausführung eine Kriminalstrafe droht, was der Fall ist, wenn Rechtsnormen verletzt werden, die wesentliche individuelle oder für das Zusammenleben in der Gemeinschaft notwendige Rechtsgüter schützen.

Die Pflicht zur Befehlsbefolgung geht dagegen vor, wenn ziviles Unrecht, Ordnungswidrigkeiten oder Übertretungen⁴⁾ verwirklicht würden.

Anknüpfungspunkt bei der Beurteilung, ob dieser Unverbindlichkeitsgrund vorliegt, ist damit die zu erwartende Ausführungshandlung, die auch in der Teilnahme an dem Delikt eines Dritten bestehen kann, soweit dieses ein Verbrechen oder Vergehen ist.⁵⁾

Entscheidend ist daher, welche Teile des Gesamttatbestandes des zu begehenden Delikts vorliegen müssen, damit davon gesprochen werden kann, daß durch das Befolgen eine solche strafbare Handlung begangen würde.⁶⁾

Wenn bedacht wird, daß der auf die Begehung eines Verbrechens gerichtete Befehl deshalb nicht befolgt

4) Das am 1. Oktober 1973 in kraft tretende 2. Strafrechtsreformgesetz sieht keine Übertretungstatbestände mehr vor. Diese Entwicklung wurde bereits bei der Beratung des Soldatengesetzes vorausgesehen und daher der Unverbindlichkeitsgrund von vornherein auf Verbrechen und Vergehen beschränkt. (Vgl. Begr. zu einem Entwurf eines Soldatengesetzes, BT Drucks. II 1700, S. 20) Insoweit entspricht § 22 (1) 1 dann auch den entsprechenden Regelungen der Gehorampflicht in den Beamtengesetzen, in denen pauschal auf die Strafbarkeit des aufgetragenen Verhaltens abgestellt wird. (Vgl. z. B. § 56 (3), (2) BBG).

5) Lackner in D-L-S, § 2 RNr. 26.

6) Es kann sich dabei stets nur um ein hypothetisches Urteil handeln, da ja das Delikt - wegen Ungehorsam - nicht begangen wurde.

werden darf, weil durch ihn die Gefahr einer besonders schweren Rechtsgutverletzung droht, wird deutlich, daß die Rechtswidrigkeit der zu verwirklichenden Handlung entscheidend sein muß. Der Untergebene muß rechtswidrig handeln,⁷⁾ bei mittelbarer Täterschaft zumindest der Vorgesetzte.⁸⁾ Abzulehnen ist daher die Auffassung LACKNERS, wonach beim Vorgesetzten oder Untergebenen sämtliche Voraussetzungen eines Verbrechens oder Vergehens erfüllt sein müssen.⁹⁾ Es ist für die Unverbindlichkeit nicht erforderlich, daß Untergebener oder Vorgesetzter schuldhaft handeln würden, oder ob sie das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit haben.¹⁰⁾ Ob das Unterlassen der Befehlsausführung Unrecht ist, kann nicht davon abhängen, ob dem Soldaten das bei Ausführung begangene Unrecht persönlich vorwerfbar wäre. Deutlich wird dies in dem Fall, daß dem Soldaten befohlen wird, auf einen anderen zu schießen, und er diesen Befehl ausführen will, da er - für ihn unvermeidbar - glaubt, sein Handeln sei in dieser Situation gerechtfertigt. Hier muß trotz fehlenden Unrechtsbewußtseins der Befehl unverbindlich sein, sonst würde sich beispielsweise der Zivilist, der den Soldaten von der Ausführung des Befehls abhält, nach § 109 b StGB wegen Verleitens zum Ungehorsam

7) Jescheck spricht davon, daß die tatbestandliche Handlung die Verletzung einer Strafrechtsnorm enthalten muß. Jescheck, Lehrbuch, S. 259.

8) Arndt, GA 1957, S. 50. Bei mittelbarer Täterschaft braucht das Werkzeug nicht rechtswidrig zu handeln. Vgl. Schönke-Schröder, Vorbem. v. § 47 RNr. 18.

9) Lackner in D-L-S, § 2 RNr. 26.

10) Ebenso Jescheck, Lehrbuch, S. 259.

strafbar machen.

Es muß auch genügen, daß der Untergebene ohne Vor-
satz i. S. des § 59 StGB (§ 15 nStGB) handeln, d.h.
die tatbestandliche Situation nicht kennen würde;¹¹⁾
denn aus § 22 (1) 2 ergibt sich, daß der Soldat be-
reits dann nicht rechtswidrig handelt, wenn er irrig
annimmt, der Befehl sei nicht auf die Begehung eines
Verbrechens oder Vergehens gerichtet. So muß der Unter-
gebene bei der Verweigerung eines Befehls z. B. auch
dann gerechtfertigt sein, wenn weder Vorgesetzter noch
Untergebener wegen eintretender Dunkelheit erkannt
haben, daß es sich bei dem zu treffenden Objekt um
einen Menschen handelt.¹²⁾

11) Nach Jescheck, Lehrbuch, S. 259 genügt kennen müssen.

12) Hiermit stellt sich gleichzeitig das Problem, ob
der Befehl auch dann unverbindlich ist, wenn bei
Ausführung die Gefahr eines Fahrlässigkeitsdelikts
droht. Bejahend Lackner in D-L-S, § 2 RNr. 26
a.M. Jescheck, Lehrbuch, S. 259; Schwenck in Kohl-
haas-Schwenck, Rspr. i. Wehrstrafsachen, § 5 Anm.
zu Urt. 5. Die Rechtsprechung hat diese Frage bis-
her offengelassen, vgl. BGHSt 19, 231 (232);
SchlHOLG in Kohlhaas-Schwenck, Rspr. i. Wehrstraf-
sachen, § 5 Urteil 2.

Eine Antwort kann hier m. E. nicht generell gegeben
werden, es wird nach der Intensität der Gefahr und
der Schwere der drohenden Rechtsgutsverletzung
differenziert werden müssen. Dazu zwei Beispiele:

1. Beim Übungsschießen erhält A den Befehl, 5 Schuß
auf die äußerste rechte Scheibe abzugeben. A er-
kennt, daß Kameraden dabei sind, die anderen
Scheiben auszuwechseln. Obwohl er davon über-
zeugt ist, genau genug schießen zu können, um
keinen von ihnen zu verletzen, verweigert er
die Ausführung.
2. B, der schon schuldhaft zwei Verkehrsunfälle
verursacht hat, erhält auf einem Nachtmarsch
vor einer Ortsdurchfahrt den Befehl, ein Kfz
zu übernehmen. Er weigert sich.

Der Befehl ist im ersten Fall unverbindlich, nicht
jedoch der im zweiten.

Die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens bei Ausführung des Befehls ist ein Falltypus der Unverbindlichkeit i. S. der oben¹³⁾ vorgenommenen Abgrenzung unverbindlicher und rechtswidriger Befehle.

Daß ein Vergehen oder Verbrechen gegenüber dem geringeren Unrechtsgehalt einer Ordnungswidrigkeit oder Übertretung schwerwiegendes materielles Unrecht darstellt, leuchtet unmittelbar ein.

Aber auch die Ersichtlichkeit des Rechtsverstoßes ist zu bejahen. Anders etwa als bei einem schwerwiegenden Verfahrensmangel, beispielsweise einer aufgrund eines Alleinentscheids statt des gesetzlich vorgeschriebenen Kollegialbeschlusses ergehenden Weisung,¹⁴⁾ wird bei normalem Rechtsempfinden die Verwirklichung kriminellen Unrechts für den einzelnen auch als rechtswidriges Handeln ersichtlich sein,¹⁵⁾ denn von einem Durchschnittsbürger kann erwartet werden, daß ihm das in den Straftatbeständen umschriebene Unrecht als schwerwiegender Rechtsverstoß bekannt ist.

Dabei soll nicht verkannt werden, daß es für den Soldaten im Einzelfall äußerst schwierig sein kann festzustellen, ob das anbefohlene Verhalten kriminelles Unrecht sein würde oder nicht. So ist, worauf WEGENER hinweist,¹⁶⁾ z. B. im Straßenverkehrsrecht die Grenz-

13) Vgl. S. 36 ff
insbesondere S. 48

14) Forsthoff, VerwR I, S. 227 m.w.N.

15) So auch Heike, Diss. S. 96.

16) NZWehrR 1959, S. 132 ff.

ziehung zu den Ordnungswidrigkeiten und Übertretungen oft von Gegebenheiten abhängig, an die der Untergebene kaum denken wird.¹⁷⁾ Auch kann zweifelhaft bleiben, ob ein Rechtfertigungsgrund gegeben ist oder nicht.

Daß dieses Kriterium an den Randzonen unscharf wird, ändert jedoch nichts an seiner Geeignetheit.¹⁸⁾

Dennoch wäre zu erwägen, ob nicht erst die erkennbare Strafbarkeit des aufgetragenen Verhaltens die Anweisung unverbindlich macht, wie dies im Beamtenrecht der Fall ist.¹⁹⁾

Dem steht jedoch entgegen, daß der Soldat sich nach § 5 (1) bei Befolgung eines verbrecherischen Befehls bereits dann strafbar macht, wenn er den strafbaren Charakter der Anweisung erkannt hat, ohne daß dies offensichtlich gewesen zu sein braucht. Würde der Untergebene in einer solchen Situation den Befehl befolgen, machte er sich strafbar, befolgte er ihn nicht, ebenfalls, da wegen fehlender Offensichtlichkeit des Verbrechenscharakters der Befehl ja bei dieser Abgrenzung verbindlich wäre.

Dieses Ergebnis kann nicht rechtens sein.

17) Vgl. die bei Wegener a.a.O. angeführten Beispiele.

18) Die Begehung eines Vergehens oder Verbrechens wird auch im Verwaltungsrecht von den Vertretern der Evidenztheorie als Nichtigkeitsgrund gesehen. Vgl. die Nachw. b. Heike, Diss. S. 96 Anm. 137 und 138.

19) Vgl. §§ 38 (3), (2) BRRG, 56 (3), (2) BBG, denen die meisten landesgesetzlichen Regelungen entsprechen, z.B. § 59 BeamtenG NW, § 64, Nieders. BeamtenG.

b) Unverbindlichkeit des Befehls wegen Verstoßes
gegen die Menschenwürde.

Als weiteren Grund für die Unverbindlichkeit des Befehls nennt das Wehrstrafgesetz den Verstoß der Anordnung gegen die Menschenwürde.²⁰⁾

Damit soll demonstrativ darauf hingewiesen werden, daß auch im besonderen Gewaltverhältnis, in dem den Bürgern besondere Pflichten auferlegt werden können, der verfassungsmäßige Grundsatz gilt, daß alle staatliche Gewalt bei der Erfüllung ihrer Aufgaben die Menschenwürde achten und schützen muß.²¹⁾

Die Würde des Menschen ist verletzt, wenn der einzelne nicht mehr als Person behandelt wird, der ein sittlicher Eigenwert aus sich selbst heraus - nicht um anderer Güter und Zwecke willen - zukommt,²²⁾ sondern wenn er zur bloßen auswechselbaren Größe²³⁾ herabgewürdigt wird, da dann die Einzigartigkeit seines Menschseins negiert wird.

Um den Anwendungsbereich dieses sich aus dem Bonner Grundgesetz ergebenden und damit für das Wehrstrafrecht neuen Unverbindlichkeitsgrundes deutlich zu machen, seien einige Befehle genannt, die in Literatur und Rechtsprechung übereinstimmend als gegen die

20) Dieser findet sich neben der Begehung einer strafrechtswidrigen Handlung durchgängig auch in anderen Gesetzen, die die Verbindlichkeit von Dienstansordnungen regeln. Vgl. die Nachweise unter Anm. 19.

21) Art. 1 (1) GG. Insofern enthält § 22 (1) 1 nur eine Klarstellung.

22) Zippelius in Bonner Kommentar, Art. 1 RNr. 9.

23) Dürig in Maunz-Dürig, Art. 1 RNr. 28; Nipperdey in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Bd. 2, S. 23.

Menschenwürde verstoßend bezeichnet werden:²⁴⁾

1. Befehl, sich vor versammelter Mannschaft als Rindvieh der Kompanie zu bezeichnen. (25)
2. Befehl an einen Geheimnisträger, sich im Falle der Gefangennahme das Leben zu nehmen.
3. Befehl an einen Soldaten, der sich morgens beim Heraustreten krank meldet, laut die Art seiner Krankheit anzugeben, damit andere diese auch als Entschuldigungsgrund benutzen können.

Auch der Verstoß gegen die Menschenwürde ist ein typischer Fall eines schwerwiegenden und ersichtlichen Rechtsverstoßes.

Daß in der Verletzung des ureigenen Persönlichkeitsrechts des Menschen ein grober Rechtsverstoß liegt, ist ohne weiteres einsichtig.

Auch die Erkennbarkeit kann bejaht werden; denn ein Verstoß gegen die Menschenwürde ist nur dann anzunehmen, wenn der Eingriff "offensichtlich, grob und durchaus sachlich nicht zu rechtfertigen ist."²⁶⁾

24) Weitere Beispiele bei Schreiber, NZWehrR 1965, S. 4 ff. Sie betreffen alle Fälle einer Verletzung der Menschenwürde des Untergebenen. Wird bei der Ausführung des Befehls die Würde eines Dritten verletzt, liegt darin in der Regel eine strafbare Handlung.

25) Vgl. auch die interessante Entscheidung des LG Tübingen (Kohlhaas-Schwenck, Rspr. i. Wehrstrafsachen, § 22 Urteil 4): Einem Soldaten war befohlen worden, an einem Sonntag, an dem die Truppenunterkunft von Zivilpersonen besucht wurde, im Kampfanzug mit Sturmgepäck, Stahlhelm und Spaten das Kasernengelände von Unrat zu säubern. Das LG sah hierin keinen Verstoß gegen die Menschenwürde, entschieden a.M. Arndt, WStG, S. 81; Jescheck, Befehl, S. 80; Schwenck in Kohlhaas-Schwenck, Rspr. i. Wehrstrafsachen, § 22 Anm. zu Urt. 4.

26) Nipperdey in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Bd. 2, S. 17

Für den einzelnen wird daher der Eingriff in die Würde des Menschen, wenn auch oft nicht als solcher erkennbar, so doch als rechtswidrige Handlung ersichtlich sein.

c) Unverbindlichkeit des Befehls wegen nichtdienstlichen Zwecks.

Das Militärstrafgesetzbuch bezog in den §§ 47, 92 ff im 'Befehl in Dienstsachen' den dienstlichen Zweck in den Begriff der militärischen Anweisung mit ein. Um jedoch zu vermeiden, daß der Irrtum darüber nach § 59 StGB entschuldigte, wurde er nicht als Tatbestandsmerkmal, sondern als objektive Bedingung der Strafbarkeit behandelt.²⁷⁾

Das Wehrstrafgesetz schafft hier eine klarere Lösung, wenn es den nichtdienstlichen Zweck zum Unverbindlichkeitsgrund macht, und ihn damit der Irrtumsregelung des § 22 unterwirft.

Zu nichtdienstlichen Zwecken erteilt ist einmal der Befehl, der die Grenzen des Dienstbereichs überschreitet, z. B. die Anweisung, eine private Nachricht zu überbringen, zum anderen aber auch diejenige Anordnung, die der Zielsetzung des militärischen Dienstes zuwiderläuft, so beispielsweise die Aufforderung, dienstlich eine falsche Meldung zu machen.²⁸⁾

27) So grundlegend RMG 7, 175 (178).

28) Scherer, SoldatenG, § 11 Anm. II 3; Lackner in D-L-S, § 2 RNr. 13; a.M. BDH 1. Senat in NZWehrR 1969 S. 66 f, wonach nur der Befehl zu privaten Zwecken nichtdienstlichen Zwecken dient, dagegen überzeugend Lammich, NZWehrR 1970, S. 49.

Fraglich ist, ob sich dabei jeder Einzelbefehl nur unmittelbar an diesem Zweck zu orientieren hat,²⁹⁾ oder ob, was als dienstlicher Zweck anerkannt ist, in den Dienstvorschriften umschrieben ist,³⁰⁾ der Befehl sich mithin an ihnen orientieren muß.

Diese Unterscheidung wird für Anweisungen relevant, in denen die Ausbildung über das nach den Dienstvorschriften zulässige Maß hinaus verschärft wird.

Dazu ein Beispiel:

Hauptmann H will aus seiner Kompanie eine Eliteeinheit machen. Er läßt daher, obwohl dies nicht in den Dienstvorschriften vorgesehen ist, eine Rangerausbildung mit Überlebenstraining durchführen, wobei die Soldaten sich zeitweilig, im Gelände sich selbst überlassen, von Brennesseln u.a. ernähren müssen.

Liegt nur dann ein Befehl zu dienstlichen Zwecken vor, wenn dieser den Rechts- und Dienstvorschriften entspricht, die den Dienstbetrieb regeln, ist obiger Befehl unverbindlich, nicht dagegen, wenn er sich nur unmittelbar am dienstlichen Zweck zu orientieren hat; denn auch eine Rangerausbildung kann zur Erhöhung der Verteidigungsbereitschaft beitragen, mithin einen dienstlichen Zweck verfolgen.

Die Frage ist hier, wer letztlich befugt sein soll, den unbestimmten Rechtsbegriff des dienstlichen Zwecks

29) So Schreiber, NZWehrR 1965, S. 6 f.

30) So Truppendienstger. E, Beschl. v. 15. 8. 1959 in NZWehrR 1960, S. 33.

auszufüllen, der Gesetz- oder Ordnungsgeber oder jeder Vorgesetzte, der einen Befehl erteilt.

Aus Gründen der Rechtssicherheit und um eine einheitliche Ausbildung in der Truppe zu gewährleisten, muß die verbindliche Festlegung des dienstlichen Zwecks der Rechtssetzungsinstanz vorbehalten bleiben.

Was daher im einzelnen zu dienstlichen Zwecken angeordnet werden kann, ist damit den §§ 6 ff SoldatenG und den zahlreichen Rechts- und Dienstverordnungen zu entnehmen, die den militärischen Alltag ins einzelne gehend regeln.

Ein Befehl, der den dort umschriebenen Aufgaben des Soldaten widerspricht oder über sie hinausgeht, ist nicht zu dienstlichen Zwecken erteilt.

Daß der Befehl zu nichtdienstlichen Zwecken unverbindlich ist, ergibt sich daraus, daß der Vorgesetzte zur Erteilung einer solchen Anweisung abstrakt unzuständig ist.³¹⁾ Diese völlige sachliche Unzuständigkeit - kein Vorgesetzter kann einen solchen über die Grenzen des besonderen Gewaltverhältnisses hinausgehenden und daher gewaltlosen Befehl erteilen - , macht den Befehl schwerwiegend rechtswidrig, nicht jedoch ist diese Rechtswidrigkeit auch offensichtlich, da dem Untergebenen Zuständigkeitsfragen nicht geläufig sein können.

Der schlicht dienstwidrige Befehl ist daher kein Unver-

31) Jescheck, Lehrbuch, S. 258; Stratenwerth, S. 16 und 19.

bindlichkeitsgrund i. S. der obengenannten³²⁾ Definition der Unverbindlichkeit.

Unverbindlich kann der zu nichtdienstlichen Zwecken erteilte Befehl de lege ferenda danach erst dann sein, wenn sein nichtdienstlicher Zweck für einen durchschnittlichen Untergebenen erkennbar ist,³³⁾ da dann auch seine Rechtswidrigkeit offensichtlich ist.

Diese Konsequenz ergibt sich m. E. auch aus folgenden Überlegungen:

Im Bereich materieller Rechtswidrigkeit ist der Vorgesetzte für die Rechtmäßigkeit des Befehls verantwortlich,³⁴⁾ der Untergebene hat dagegen nach § 22 (1) 1 nur zu prüfen, ob der Befehl gegen die Menschenwürde verstößt, oder ob seine Ausführung ein Verbrechen oder Vergehen beinhalten würde. Von hier aus erscheint es wenig folgerichtig, wenn im Bereich der sachlichen Unzuständigkeit das Recht des Untergebenen zur Befehlsverweigerung bereits dort anfängt, wo das Recht des Vorgesetzten zur Befehlsgebung aufhört: bei der Dienstwidrigkeit, und der Untergebene hiermit, wenn er von seinem Recht zur Befehlsverweigerung Gebrauch machen will, den dienstlichen Zweck prüfen muß.

Mit dieser Prüfung wird der Untergebene zudem über-

32) Vgl. S. 36 ff
insbesondere S. 48

33) Ebenso Stratenwerth auf S. 155. Vgl. die Kriterien für die Erkennbarkeit oben auf S. 46 f

34) § 10 (4) SoldatenG.

fordert, wie einige Beispiele zeigen sollen:

1. Offizier O fordert den KvD auf, ihn zum Friseur zu fahren, da er sich die Haare schneiden lassen will.
2. Hauptmann H befiehlt den Unterführern seiner Kompanie, am Sonntag vollzählig zu einem zwanglosen, geselligen Kameradschaftsabend zu erscheinen. 35)
3. Dem Gefreiten X wird unter Hinweis auf § 17 (4) 1 und 2 SoldatenG aufgegeben, sich einen Sturzhelm anzuschaffen und bei privaten Fahrten mit seinem Krad zu tragen. 36)

Der Befehl in Fall 1 ist nach § 22 (1)1 unverbindlich. Auch der Befehl im zweiten Beispiel ist nicht zu dienstlichen Zwecken erteilt; denn aus § 12 SoldatenG ergibt sich keine Rechtspflicht zur Kameradschaft und nach einem Erlaß des Generalinspektors der Bundeswehr³⁷⁾ kann die Teilnahme an einem Kameradschaftsabend nur befohlen werden, wenn bei ihm das dienstliche Element überwiegen soll.³⁸⁾

35) Vgl. zu diesem Fall die Anfrage an die Schriftleitung der NZWehrR in NZWehrR 1962, S. 126.

36) Fälle dieser Art beschäftigen seit dem Erlaß des BVerMin v. 24. 4. 1959, in dem das Tragen von Sturzhelmen auch bei privaten Fahrten angeordnet wurde (sog. Sturzhelmerlaß) verschiedentlich die Gerichte bis zu der grundlegenden Entscheidung des BDH (vgl. Anm. 39). Vgl. auch die Auseinandersetzung um Beatlefrisur und Bärte: Fiedler, NZWehrR 1968, S. 24; TrdGer, Beschluß v. 5. 3. 1968, NZWehrR 1969, S. 67 und Anfrage in NZWehrR 1967, S. 165.

37) Erlaß vom 31. 3. 1962, vgl.dazu Schreiber, NZWehrR 1962, S. 126.

38) Vgl. dazu Schreiber, NZWehrR 1962, S. 126 und die weiteren Stellungnahmen zu diesem Kameradschaftsabendfall bei Schütz, NZWehrR 1961, S. 102 und bei Schroeder, NZWehrR 1962, S. 160 mit z. T. anderer Lösung.

In Fall 3 verpflichtet der Befehl ebenfalls nicht zum Gehorsam; denn nach einer Entscheidung des Bundesdisziplinarhofs³⁹⁾ kann mit Rücksicht auf die Fürsorgepflicht für den Soldaten das Tragen eines Sturzhelms bei Kradfahrten außerhalb des Dienstes nur befohlen werden, wenn der Dienstherr den Sturzhelm zur Verfügung stellt.

In allen drei Fällen wird der Untergebene den Befehl gleichwohl ausführen.

In Fall 1, weil er nicht weiß, welchen Zweck der Vorgesetzte mit dem Befehl verfolgt. Der KvD kann hier nicht ausschließen, daß der Befehl einen dienstlichen Zweck hat⁴⁰⁾ und wird daher keine Bestrafung wegen Ungehorsams riskieren.

In Fall 2 wird der Kompaniechef, nicht jedoch der Untergebene mit der Rechtslage vertraut sein, insbesondere den einschlägigen Erlaß kennen.

Die kasuistische Regelung in den Dienstvorschriften ist nur schwer zu überblicken, ihre Kenntnis kann zudem wohl vom Vorgesetzten, nicht aber vom Untergebenen erwartet werden.

Auch in Fall 3 fehlen dem Untergebenen in rechtlicher Hinsicht jegliche Kriterien zur Beurteilung des dienstlichen Zwecks.

39) BDH 1. Wehrdienstsenat, Beschl. v. 13. 2. 1961, NZWehrR 1961, S. 85. Stellungnahmen dazu (bejahend) bei Schütz, NZWehrR 1961, S. 100 und Scherer, NZWehrR 1961, S. 98.

40) Vgl. dazu die Ausführungen oben auf S. 44

Anstatt auf den nichtdienstlichen Zweck abzustellen, obwohl der Untergebene von dieser weitgehenden Möglichkeit zur Befehlsverweigerung kaum Gebrauch machen kann, da ihm die Kriterien zur Beurteilung weitgehend fehlen,⁴¹⁾ erscheint es uns daher von der Praxis her gesehen als eine klarere und den Soldaten nicht überfordernde Lösung, wenn das Recht zur Befehlsverweigerung de lege ferenda auf den offensichtlich dienstwidrigen und damit offensichtlich rechtswidrigen Befehl beschränkt wird.

Wegen erkennbarer Dienstwidrigkeit unverbindlich wären z. B. folgende Anweisungen:

1. Befehl des Vorgesetzten, seine Frau zum Friseur zu fahren.
2. Befehl, sich einen sauber geschnittenen Schnurrbart auf der Oberlippe abzurasierern. 42)
3. Befehl auf dem Tanzboden, sofort in die Kaserne zurückzukehren und ein Mädchen, das dem Vorgesetzten gefällt, zurückzulassen. 43)

Vor der Befolgung schlicht dienstwidriger Befehle, die der Untergebene nach dieser Abgrenzung befolgen muß, wird der Soldat schon dadurch hinreichend geschützt,

41) Hinzu kommt das schon oben (S. 36) in anderem Zusammenhang erwähnte Bedenken, daß der Untergebene, wenn ihm dies weitgehende Recht zur Befehlsverweigerung eingeräumt wird, auch davon Gebrauch machen soll, was auch die Möglichkeit eines Irrtums bei ihm einschließt. Ob ein Befehl, dessen Dienstlichkeit zweifelhaft ist, ausgeführt wird oder nicht, ist danach letztlich in die Hände des Ausführenden gelegt.

42) Vgl. TrDGer. A, Beschl. v. 5. 3. 1968, NZWehrR 1969, S. 67f, wo ein solcher Befehl als dienstwidrig und damit unverbindlich bezeichnet wird.

43) Fall nach Arndt, WStG, S. 77.

daß sich der Vorgesetzte bei der Erteilung eines solchen Befehls gemäß § 32 wegen Mißbrauchs der Befehlsgewalt strafbar macht.

In den Fällen, in denen es für den Soldaten ein persönliches Opfer bedeutet, daß er einen dienstwidrigen Befehl befolgt hat, kann er, da nach § 10 (4) SoldatenG der dienstwidrig erteilte Befehl rechtswidrig ist, auf gerichtlichem Wege die Rechtswidrigkeit des Befehls feststellen lassen und dann nach allgemeinen Grundsätzen eine öffentlich - rechtliche Entschädigungsleistung verlangen.⁴⁴⁾

Als unverbindlich ist demnach nur der offensichtlich dienstwidrige Befehl zu bezeichnen.

2. Weitere Fälle der Unverbindlichkeit.

Wir wenden uns nunmehr denjenigen Unverbindlichkeitsgründen zu, die nicht im Gesetz geregelt sind, jedoch in Literatur und Rechtsprechung - nur zum Teil übereinstimmend - als solche genannt werden.

Die Entscheidung, welche Unverbindlichkeitsgründe im einzelnen über die in § 22 (1) 1 genannten hinaus anzuerkennen sind, treffen wir dabei von der oben⁴⁵⁾ dargestellten Theorie zur Abgrenzung der unverbindlichen von den bloß rechtswidrigen Anweisungen her.

Ein Unverbindlichkeitsgrund ist danach nur anzunehmen,

44) So kann in Fall 3 auf Seite 61 der Gefreite X wegen rechtswidriger Inanspruchnahme sich den Kaufpreis für den Sturzhelm erstatten lassen.

45) Vgl. oben S. 36 ff, insbesondere S. 48.

soweit es sich bei ihm um die Umschreibung eines typischen Falles schwerwiegender und ersichtlicher Rechtswidrigkeit von Befehlen handelt.

a) Unverbindlichkeit wegen fehlender Zuständigkeit des Vorgesetzten.

In der Vorgesetztenverordnung ist festgelegt, wie weit sich im einzelnen die Befehlsbefugnis des Soldaten erstreckt; damit werden Kompetenzfragen in einer sonst im öffentlichen Recht nicht üblichen Weise geregelt. Ist sonst fraglich, ob und in welchen Fällen die fehlende Zuständigkeit Nichtigkeit oder nur Rechtswidrigkeit der Anweisung zur Folge hat, führt hier das Fehlen der Befehlsbefugnis, da diese mit der Vorgesetztenstellung identisch ist,⁴⁶⁾ bereits dazu, daß in den in der Vorgesetztenverordnung geregelten Fällen einer sachlichen, örtlichen oder funktionellen Unzuständigkeit schon gar kein Befehl vorliegt.⁴⁷⁾

Anders ist die Rechtslage bei den Anweisungen, die zu nichtdienstlichen Zwecken erteilt sind. Sie sind Befehle; die Unzuständigkeit, teilweise hier als "abstrakte" Unzuständigkeit bezeichnet,⁴⁸⁾ führt bei Offensichtlichkeit zur Unverbindlichkeit.

46) Vgl. § 1 (4) 1 SoldatenG.

47) Das bedeutet in strafrechtlicher Hinsicht, daß der Untergebene in diesen Fällen bei irrtümlicher Annahme der Unzuständigkeit nach § 59 StGB (§ 16 nStGB) entschuldigt ist, und nicht nur nach § 22.

48) Stratenwerth, S. 19; Jescheck, Lehrbuch, S. 258.

Gleiches muß nun auch für Anweisungen gelten, die ein Fachvorgesetzter im Fachdienst zu nichtfachdienstlichen Zwecken erteilt.⁴⁹⁾

Obwohl sich diese Einschränkung auch aus der Vorgesetztenverordnung ergibt,⁵⁰⁾ und daher der Schluß naheliegt, daß bereits auch hier die Befehlsbefugnis und damit die Vorgesetztenstellung entfällt, führt eine Anweisung zu nichtfachdienstlichen Zwecken nicht dazu, daß schon kein Befehl vorliegt, sondern wie beim Befehl zu nichtdienstlichen Zwecken bei Offenkundigkeit der Kompetenzüberschreitung zur Unverbindlichkeit.⁵¹⁾ Hiermit beantwortet sich auch die bei der Erörterung des Tatbestands gestellte Frage,⁵²⁾ wie der Irrtum über den fachdienstlichen Zweck zu beurteilen ist. Er ist ein Irrtum über die Unverbindlichkeit und unterfällt damit dem § 22 (2) und (3).⁵³⁾

49) Gleiches muß für die besonderen Vorgesetztenverhältnisse der §§ 3, 5 und 6 VorgesetztenVO bezüglich der Notwendigkeit und Erforderlichkeit der Anweisung gelten. Vgl. dazu S. 17

50) Vgl. § 2 VorgesetztenVO.

51) Im Ergebnis ebenso Scherer, SoldatenG, § 3 VorgesetztenVO, Anm. II 2; Stratenwerth, auf S. 155. Der Grund dafür liegt darin, daß wegen der formalen Befehlsdefinition inhaltliche Kriterien nicht Bestandteil der Vorgesetztenstellung und damit des Befehls sein können. Vgl. dazu genauer oben S. 15 ff

52) Vgl. oben S. 14

53) Gleiches muß für die unter Anm. 49 auf Seite 66 genannten Fälle gelten.

b) Unverbindlichkeit wegen unverhältnismäßig tiefen Eingriffs des Befehls in den persönlichen Rechtsbereich des Untergebenen.

Schon früh hat die Rechtsprechung den Grundsatz entwickelt, daß die Gehorsampflicht des Soldaten dann entfällt, wenn der Befehl "... ohne einen sich aus dem Dienstverhältnis ergebenden Grund so tief in das Rechtsgebiet des Untergebenen, in seine Ehre, sein Ansehen, u.s.w., eingreift, daß dem Untergebenen bei Abwägung aller Gesichtspunkte nicht zugemutet werden kann, den Befehl zu befolgen."⁵⁴⁾

Dieser Unverbindlichkeitsgrund fand auch bereits früh in der Literatur Anerkennung, nur wurde der Begriff der Unzumutbarkeit in diesem Zusammenhange abgelehnt und stattdessen auf die fehlende militärische Notwendigkeit⁵⁵⁾ oder auf das Herausfallen aus dem Rahmen des militärisch Vertretbaren⁵⁶⁾ abgestellt.

Auch nunmehr, nach Inkrafttreten des Wehrstrafgesetzes mit seinem Unverbindlichkeitsgrund der Verletzung der Menschenwürde, wird der unverhältnismäßig tiefe Eingriff in den persönlichen Rechtsbereich des Untergebenen in der Literatur⁵⁷⁾ als Unverbind-

54) RKG 1, 177 (180); RMG 19, 251 (252); RGSt 58, 330 (336). Von Unzumutbarkeit sprechen heute noch: Scherer, SoldatenG, § 11 Anm. II 2; Schreiber, NZWehrR 1965, S. 8 ff; OLG Hamm, NJW 1966, S. 213.

55) Schmidt, Eberhard, ZWehrR Bd. 3, S. 527.

56) Schwinge, MStGB, § 92 Anm. II 2 b.

57) Lackner in D-L-S, § 2 RNr. 32; Jescheck, Lehrbuch, S. 260; Schirmer, Befehl, S. 91.

lichkeitsgrund genannt, und auch die Rechtsprechung⁵⁸⁾ hat aus diesem Grunde Befehle als nicht verpflichtend bezeichnet, wobei sie jedoch nicht auf die Unzumutbarkeit, sondern auf die Unangemessenheit der Zweck - Mittel Relation abstellte.⁵⁹⁾

Allen diesen Abgrenzungen liegt die Überlegung zugrunde, daß die Unverbindlichkeit hier in einer Abwägung zwischen den widerstreitenden Interessen, der militärischen Notwendigkeit des Befehls und dem Schutz der Persönlichkeitssphäre des einzelnen, zu ermitteln sei.⁶⁰⁾

Besonders in den Entscheidungen des Bundesdisziplinarhofs wird dabei deutlich, daß damit ein allgemeines Rechtfertigungsprinzip als Unverbindlichkeitsgrund im Wehrstrafrecht Eingang gefunden hat,

58) BDH 1. Wehrdienstsenat, Beschl. v. 8. 3. 1958, NZWehrR 1959, S. 99 ff und Beschluß v. 8. 10. 1968, NZWehrR 1969, S. 67.

59) Dies ist deshalb folgerichtig, da es sich bei der Unverbindlichkeit um einen verwaltungsrechtlichen Rechtfertigungsgrund handelt, dort aber bei der Frage der Befolgung hoheitlicher Anweisungen nicht auf die Unzumutbarkeit, sondern auf die Unverhältnismäßigkeit abgestellt wird. Vgl. Wolff, VerwR III, S. 143. Gegen die Verwendung des Begriffs der Unzumutbarkeit im Bereich der Rechtfertigung beim Ungehorsam schon Schmidt, ZWehrR Bd. 3 S. 527; ebenfalls ablehnend Mann, DOV 1960, S. 416. Zumeist wird heute in der Literatur die Definition des RKG der Sache nach übernommen, ohne den Begriff Unzumutbarkeit zu erwähnen, so z. B. bei Lackner in D-L-S, § 2 RNr. 32.

60) So ausdrücklich BDH, NZWehrR 1959, S. 99.

und zwar das der Güter- oder Interessenabwägung;⁶¹⁾ denn wenn dort entscheidend auf die Verhältnismäßigkeit abgestellt wird, so setzt dies eine Güterabwägung voraus, da die Frage der Proportionalität erst dann beantwortet werden kann, wenn die Wertigkeit der beteiligten Rechtsgüter abwägend festgestellt worden ist.

Der unverhältnismäßig tiefe Eingriff in den persönlichen Rechtsbereich des Untergebenen erweist sich sowohl als schwerwiegender als auch ersichtlicher Rechtsverstoß; denn der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist erst dann verletzt, wenn es sich um ein erkennbares, offensichtliches Mißverhältnis zwischen dem eingesetzten Mittel und dem angestrebten militärischen Zweck handelt.⁶²⁾

Fraglich ist, ob dieser aus Richterrecht erwachsene Unverbindlichkeitsgrund heute noch neben dem der Verletzung der Menschenwürde anzuerkennen ist; denn hier wie dort braucht der Befehl deshalb nicht befolgt zu werden, weil er zu tief in die persönliche Rechtssphäre des Soldaten eingreift.

So wird auch einerseits vertreten, daß, wenn dieser Unverbindlichkeitsgrund vorliege, stets auch die Menschenwürde verletzt sei, mithin für ihn als übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund neben dem nunmehr

61) Im Bereich des Strafrechts wird es beispielsweise beim übergesetzlichen Notstand relevant. Dort stellt die Zwecktheorie auf die Zweck - Mittel Theorie ab. Vgl. dazu Lenckner, S. 50 ff und AE, S. 51 (zu § 15). Im Verwaltungsrecht begegnet es uns im Grundsatz der Verhältnismäßigkeit staatlicher Eingriffe. (Vgl. Wolff, VerwR III, S. 143).

62) Schirmer, Befehl, S. 91; BDH, NZWehrR 1959, S. 100.

in § 22 gesetzlich fixierten kein Raum mehr bleibe;⁶³⁾ andererseits findet sich die Auffassung, daß umgekehrt die Verletzung der Menschenwürde nur ein Unterfall dieses umfassenderen Unverbindlichkeitsgrundes sei.⁶⁴⁾

Zur Verdeutlichung der Problematik zwei Beispiele:

1. Der in der Werkstatt beschäftigte Feldwebel F befiehlt dem Rekruten A, aus Kraftfahrzeugen ausgelaufenes Altöl auf dem Boden der Fahrzeughalle mit den Händen zusammenzuschaben.
 - a) Er tut dies, da A ihn beim Betreten der Halle nicht richtig begrüßt hat.
 - b) Er tut dies, da die Gefahr einer Entzündung des Öls besteht und keine andere Möglichkeit zur Beseitigung gegeben ist.
2. Offizier O muß auf dem schnellsten Wege zu seiner Truppe zurück, hat aber augenblicklich keinen Dienstwagen verfügbar. Er befiehlt dem Gefreiten G, ihn in dessen Privatwagen in das Übungsgelände zu fahren.

An Fall 1 wird deutlich, daß die Verletzung der Menschenwürde relativ zu sehen ist, d. h. wie beim unverhältnismäßig tiefen Eingriff vom sachlichen Grund und der gebotenen militärischen Notwendigkeit abhängt.⁶⁵⁾ So ist in der ersten Alternative die Menschenwürde verletzt, nicht aber in der zweiten.

Das bedeutet, daß eine Maßnahme, die in die Menschen-

63) Schwaiger, S. 195.

64) Scherer, SoldatenG, § 11 Anm. II 2; Schreiber, NZWehrR 1965, S. 9; wohl auch Lackner in D-L-S, § 2 RNr. 32, wenn er dort den Befehl im Fall des Illerunglücks zwar wegen Unverhältnismäßigkeit für unverbindlich hält, nicht jedoch wegen Verstoßes gegen die Menschenwürde.

65) E.v.Hippel, S. 25 f; Nipperdey in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Bd. 2, S. 17. Für Grundrechte ebenso BGH in DVBl. 1953, S. 371; BVerwGE 1, 244; Maunz S. 135.

würde eingreift, stets auch einen unverhältnismäßig tiefen Eingriff in den persönlichen Rechtsbereich des Soldaten enthält.

In Fall 2 dagegen greift der Befehl unangemessen tief in die Rechtssphäre des Untergebenen ein, ohne daß er damit gleichzeitig die Würde des Soldaten tangiert. Die Unverhältnismäßigkeit der Zweck - Mittel - Relation ist daher als übergesetzlicher Unverbindlichkeitsgrund neben dem der Verletzung der Menschenwürde anzuwenden. Sie reicht weiter.

c) Unverbindlichkeit des Befehls wegen absoluter Unzulässigkeit der Ausführung.

Einigkeit besteht in der Literatur darüber, daß eine hoheitliche Anordnung dann nicht befolgt zu werden braucht, wenn der mit der Ausführung herbeizuführende Erfolg von der Rechtsordnung schlechterdings verboten ist,⁶⁶⁾ wobei unerheblich ist, ob eine ausdrückliche Verbotsnorm besteht.

Da hier unter allen Umständen der Erfolg verhindert werden soll, muß der Soldat auch ein Recht haben, einen solchen Befehl zu verweigern.

Als Beispiele werden genannt: der Befehl zum Beginn eines Angriffskriegs, der gegen die absolute Verbotsnorm des Art. 26 (1) 1 Grundgesetz verstößt, und die

66) Für Verwaltungsakte: Merk, S. 873; Forsthoff, VerwR I, S. 239. Für Befehle: Stratenwerth, S. 140; Mann, DÖV 1960, S. 416; Jescheck, Lehrbuch, S. 258.

Befehle zur Verschleppung der Juden, die wegen Eingriffs in den Kernbereich des Rechts auf einen von der Rechtsordnung absolut mißbilligten Erfolg hielten.⁶⁷⁾

Derartige Befehle enthalten einen schwerwiegenden und auch offensichtlichen Verstoß gegen das Recht.⁶⁸⁾

Dieser Unverbindlichkeitsgrund entbehrt jedoch im Wehrstrafrecht weitgehend einer praktischen Bedeutung; denn hier wird sich die absolute Unzulässigkeit - wie auch die Beispiele zeigen - aus einem Eingriff in unbedingt vor Verletzung zu schützende materielle Rechtsgüter ergeben, kaum aus einem Verstoß gegen Form- oder Verfahrensvorschriften, wie dies im Verwaltungsrecht häufig ist.⁶⁹⁾ Derartige Befehle werden daher in der Regel eine als Vergehen oder Verbrechen zu ahndende strafbare Handlung anordnen. So liegt auch in dem von JESCHECK genannten Fall eine nicht zu rechtfertigende Nötigung oder Freiheitsberaubung vor, und auch die Vorbereitung eines Angriffskriegs ist nunmehr durch das 8. Strafrechtsänderungsgesetz im Friedensverratsparagrafen (§ 80 StGB) strafrechtlich sanktioniert worden. Für verbleibende Fälle, so insbesondere bei Zuwiderhandlungen gegen absolute Verbotsnormen des Völkerrechts, die nach inländischem Recht nicht mit Strafe bedroht sind,⁷⁰⁾ ist jedoch der Verstoß gegen ein absolutes Verbot als Unverbindlichkeitsgrund anzuerkennen.

67) Jescheck, Lehrbuch, S. 258.

68) So Heike, S. 96

69) Vgl. die Beispiele bei Forsthoff, VerwR I, S. 240.

70) Vgl. unten S. 76 f

Absolut von der Rechtsordnung verboten wird dabei nur sein, was schwerwiegendes Unrecht darstellt und auch als solches erkennbar ist.⁷¹⁾

d) Unverbindlichkeit des grundrechtswidrigen Befehls.

Eine obrigkeitliche Anordnung ist dann nicht rechtmäßig, wenn sie gegen höherrangiges Recht verstößt—somit ist auch der grundrechtswidrige Befehl rechtswidrig.

MANN behauptet darüberhinaus,⁷²⁾ daß er dann unverbindlich sei, wenn er in Grundrechte eingreife, die weder in Art. 17 a des Grundgesetzes genannt sind, noch unter einem speziellen Gesetzesvorbehalt stehen. Er begründet dies damit, daß diese Grundrechte nach dem Willen des Gesetzgebers uneinschränkbar seien. Ein in sie eingreifender Befehl sei damit unter keinen Umständen mit der Rechtsordnung zu vereinbaren und daher wegen Fehlens einer Gültigkeitsvermutung nicht verbindlich.

Abgesehen davon, daß die damit von MANN vertretene Unmöglichkeitstheorie zur Feststellung der Unverbindlichkeit abzulehnen ist,⁷³⁾ überzeugt diese Argumentation insoweit nicht, als kein Grundrecht völlig schrankenlos ist, sondern nur unter dem Vorbehalt gilt,

71) Dies zeigt auch das Beispiel unten auf S. 77

72) DÖV 1960, S. 415; auf die Auffassung Manns verweist ohne eigenen Kommentar: Scherer, SoldatenG, § 11 Anm. II 1.

73) Zu den Gründen dafür vgl. oben S. 38 ff

daß im Einzelfall seine Ausübung keine höherwertigen und für den Bestand der Gemeinschaft notwendig zu schützende Rechtsgüter und Interessen verletzt.⁷⁴⁾

Der Soldat befindet sich in einem verfassungsrechtlich anerkannten und daher besonders zu schützenden besonderen Gewaltverhältnis. Das militärische Interesse kann daher im Einzelfall durchaus der Ausübung eines der oben genannten Grundrechte entgegenstehen.

Die Grundrechtswidrigkeit des Befehls führt daher nicht zur Unverbindlichkeit.⁷⁵⁾

e) Unverbindlichkeit des völkerrechtswidrigen Befehls.

Teilweise wird in der Literatur auch der Befehl als unverbindlich bezeichnet, dessen Erteilung oder Ausführung den allgemeinen Regeln des Völkerrechts widerspricht.⁷⁶⁾ Dabei wird aus dem Wortlaut des Art. 25 Grundgesetz hergeleitet, daß ein Verstoß gegen die von der Völkergemeinschaft überwiegend anerkannten überstaatlichen Normen⁷⁷⁾ den Untergebenen nicht nur berechtige, sondern sogar verpflichte, den Befehl nicht zu befolgen, und zwar weil Art. 25 Satz 2 Grundgesetz besagt, daß die allgemeinen völkerrechtlichen

74) E.v. Hippel, S. 25 f; BVerwGE 1, 165 (168); 4, 167 (171); BVerfGE 7, 198 (210 f), nicht unbestritten.

75) Die Grundrechtswidrigkeit wird - soweit ersichtlich - sonst auch nirgends als Unverbindlichkeitsgrund genannt.

76) Lackner in D-L-S, § 2 RNr. 27; Jescheck, Lehrbuch, S. 259; Schwaiger, Diss. S. 183. Schwaiger bezeichnet dabei dies Problem zu Unrecht als unstrittig.

77) Bilaterales Vertragsrecht scheidet demnach aus. Mangoldt-Klein, Art. 25 Anm. III 2 b und 3.

Normen "Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes erzeugen."⁷⁸⁾

Die verfassungsrechtliche Bedeutung des Art. 25 Grundgesetz ist jedoch nur darin zu sehen, daß den allgemeinen Völkerrechtssätzen der Rang von Bundesrecht eingeräumt wird.⁷⁹⁾ Aus dieser Stellung als Bundesrecht ergibt sich, daß nicht nur der Staat sich auf das Völkerrecht berufen kann, sondern in gleichem Maße wie bei Bundesrecht auch der Bürger.

Art. 25 Satz 2 weist, wenn er von unmittelbaren Rechten und Pflichten spricht, nur klarstellend auf diese rechtliche Konsequenz der in Satz 1 ausgesprochenen Inkorporation der Völkerrechtssätze in das Bundesrecht hin, und hat damit lediglich deklaratorischen Charakter.⁸⁰⁾

Aus Art. 25 läßt sich somit nicht herleiten, daß der Soldat verpflichtet sei, die Befolgung eines völkerrechtswidrigen Befehls zu verweigern.⁸¹⁾ Daraus, daß nach Art. 25 die allgemeinen Regeln des Völkerrechts Bundesrecht sind, ergibt sich nur die Rechtswidrigkeit des völkerrechtswidrigen Befehls.⁸²⁾ Die Frage,

78) So Lackner in D-L-S, § 2 RNr. 27 und Schwaiger, Diss. S. 183.

79) Leibholz-Rinck, Art. 25 RNr. 2; Maunz-Dürig, Art. 25 RNr. 21.

80) BVerfG in NJW 1963, S. 437; Maunz-Dürig, Art. 25, RNr. 21.

81) Dahm, S. 77: "Aus Art. 25 GG jedenfalls ist nur die Rechtswidrigkeit des völkerrechtswidrigen Befehls an sich, nicht aber die Unverbindlichkeit des Befehls ohne Rücksicht auf die Bedürfnisse der Ordnung und Disziplin abzulesen." Ebenfalls nur für Rechtswidrigkeit: Arndt, WStG, S. 115 und GA 1957, S. 49; Schreiber, NZWehrR 1965, S. 3; Schirmer, Befehl, S. 90; BDH, NZWehrR 1959, S. 99.

82) Dahm, S. 77

ob der Befehl darüberhinaus unverbindlich ist, entscheidet sich im innerstaatlichen Rechtsbereich.

Da nicht jede Verletzung des vielgestaltigen und wenig überschaubaren Völkerrechts einen schweren und offensichtlichen Rechtsverstoß beinhaltet, kann daher der völkerrechtswidrige Befehl nur dann unverbindlich sein, wenn er einen solch groben und ersichtlichen Verstoß enthält.

Dabei erscheint es uns jedoch als überflüssig, die offensichtliche Völkerrechtswidrigkeit als eigenen Unverbindlichkeitsgrund neben den im Gesetz genannten und dem des Verstoßes gegen absolute Verbotsnormen anzuerkennen, und zwar aus zwei Gründen:

Bei einer näheren Durchsicht der vier Genfer Abkommen, die für den Bereich des Wehrstrafrechts im wesentlichen nur relevant werden, erweist es sich, daß die dort genannten schwerwiegenden Verstöße zumeist den Tatbestand eines Verbrechens oder Vergehens erfüllen.⁸³⁾ Steht aber die anbefohlene Handlung im Widerspruch zum Völkerrecht, so entfällt der allgemeine Rechtfertigungsgrund des Kriegsrechts, und die Unverbindlichkeit des auf einen solchen Verstoß gerichteten Befehls ergibt sich bereits daraus, daß die Ausführung ein rechtswidriges Verbrechen oder Vergehen darstellen würde.

Zum anderen sind in den völkerrechtlichen Abkommen

83) Vgl. 3. Genfer Abkommen (BGBl. 1954, II, S. 838 f)
Art. 3 = Körperverletzung, Tötung; Art. 30 = Nötigung; Art. 118 = Freiheitsberaubung.

die besonders schwerwiegenden Verstöße im Gegensatz zu den minder wichtigen vorbehaltlos verboten.⁸⁴⁾ Befehle, die ohne daß ihre Ausführung den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllen würde, ersichtlich das Völkerrecht verletzen, sind daher dann wegen Verstoßes gegen ein absolutes Verbot unverbindlich, so beispielsweise der Befehl, zur Täuschung des Gegners ein Rotkreuzabzeichen an einer militärischen Anlage zu befestigen.

Die Rechtslage beim völkerrechtswidrigen Befehl wird zudem dann bedeutend vereinfacht werden, wenn der Bundesgesetzgeber seiner in den Genfer Abkommen übernommenen Verpflichtung⁸⁵⁾ nachkommt, die schwerwiegenden Verstöße gegen das Völkerrecht unter Strafe zu stellen.⁸⁶⁾

84) So sind nach Art. 3 des 1. Genfer Abkommens (BGBl. 1954, II, S. 783 ff) Verwundete 'unter allen Umständen' mit Menschlichkeit zu behandeln, nach Art. 12 ist es 'streng verboten' an ihnen biologische Versuche vorzunehmen, nach Art. 3 des 2. Genfer Abkommens (BGBl. 1954, II, S. 813 ff) ist es 'jederzeit und überall' verboten, Verwundete zu foltern oder sie ohne vorheriges Urteil eines ordentlich bestellten Gerichts hinzurichten.

85) Vgl. 1. Genfer Abkommen, Art. 49; 2. Genfer Abkommen, Art. 50.

86) Dies ist für die Strafrechtsreform in Aussicht genommen, wovon schon bei Schaffung des WStG ausgegangen wurde. Vgl. Schafheutle in Amtl. Prot. des BTRA II, 190. Sitzung, S. 8.

f) Unverbindlichkeit des Befehls wegen Unmöglichkeit der Ausführung.

Rechtswidrig muß auch der Befehl sein, der auf einen tatsächlich nicht erreichbaren Erfolg gerichtet ist,⁸⁷⁾ denn die Rechtsordnung kann niemanden zu einer Leistung verpflichten, die er nicht erbringen kann.

Die Unverbindlichkeit eines solchen Befehls wird teilweise pauschal bejaht.⁸⁸⁾ Wo dieses Problem jedoch eingehender behandelt ist, wird darauf hingewiesen, daß dies nicht uneingeschränkt gelten könne. Der Befehl verpflichte dann zu einem Versuch nach besten Kräften, wenn die Unmöglichkeit sich nur aus einem subjektiven Unvermögen ergebe, unverbindlich sei er nur bei objektiver Unmöglichkeit.⁸⁹⁾

Der Forderung nach einem Versuch in bestimmten Fällen ist zuzustimmen, nur deckt sich die Abgrenzung, wann er notwendig ist, m.E. nicht mit der Unterscheidung subjektive - objektive Unmöglichkeit.

Die Auffassung, daß der unmöglich ausführbare Befehl in gewissen Grenzen verbindlich sei, findet sich zum ersten Male in einer Entscheidung des Reichsmilitärgerichts.⁹⁰⁾ Dort hatte sich ein Soldat darauf berufen, er habe den Befehl, einen Korb zu tragen, nicht befolgen können, da dieser zu schwer für ihn gewesen sei,

87) Forsthoff, VerwR I, S. 235 f; Wolff, VerwR I, S. 338 für Verwaltungsakte, für Befehle muß das Gleiche gelten, vgl. dazu oben S. 37

88) Arndt, WStG, S. 115; v. Richthofen, § 22 Anm. 2.

89) Schwaiger, Diss, S. 185; ebenso wohl Lackner in D-L-S, § 2 RNr. 28.

90) RMG 14, 156 (157).

und war dahingehend beschieden worden, daß er verpflichtet gewesen sei, die Ausführung zumindest zu probieren.

Der Grund dafür, daß das Reichsmilitärgericht hier den Versuch der Ausführung neben der tatsächlichen Unmöglichkeit als zusätzliches Rechtfertigungselement fordert, liegt m. E. darin, daß der Soldat dann, wenn es zweifelhaft bleibt, ob die Herbeiführung des Erfolgs unmöglich ist, diesen Zweifel am einfachsten und schnellsten dadurch definitiv beheben kann, daß er mit der Durchführung ernsthaft beginnt.⁹¹⁾

In Parallele zu den bisher behandelten Unverbindlichkeitsgründen ergibt sich damit:

Wenn es dort fraglich bleibt, ob der Befehl rechtswidrig ist, so kann der Soldat diesen Zweifel nicht ohne weiteres selbst klären. Er ist daher in diesen Fällen verpflichtet, den Befehl zu befolgen. Nur bei ersichtlicher Rechtswidrigkeit ist der Befehl unverbindlich.

Ist fraglich, ob der mit dem Befehl bezweckte Erfolg technisch herbeizuführen ist, kann der Soldat diese im tatsächlichen Bereich liegenden Zweifel einfach durch einen Versuch beheben. Der Befehl ist daher insoweit verbindlich; er verpflichtet zu diesem Ver-

91) Insofern wird hier bereits in gewisser Weise ein subjektives Rechtfertigungselement gefordert; denn nur wenn der Soldat im Zweifelsfalle einen Versuch gemacht hat, weiß er definitiv um die Unmöglichkeit als tatsächlicher Voraussetzung des Rechtfertigungsgrundes. Vgl. dagegen die Regelung in § 22 (1) 2.

such. Nur wenn es auf der Hand liegt, daß der Soldat den Erfolg nicht herbeiführen kann, so muß, da dann ein Versuch unsinnig und daher überflüssig wäre, allein die Unmöglichkeit zur Unverbindlichkeit führen.

Wann die Unmöglichkeit allein eine Gehorsamsverweigerung rechtfertigt, richtet sich somit danach, ob es für einen objektiven Dritten ersichtlich ist, daß der Befehl vom Untergebenen nicht ausgeführt werden kann. Dies sei abschließend noch an zwei Beispielen verdeutlicht:

1. Soldat A erhält den Befehl, eine ungefähr zwei Zentner schwere Abdeckplane auf einen LKW zu heben. A ist nur 1,58 m groß, schwächling und tut zum erstenmal nach längerer Krankheit wieder vollen Dienst. Die Ladefläche des LKW ist 1,70 m hoch. 92)
2. Leutnant L erhält den Auftrag, eine unkämpfte Brücke, die augenblicklich vom Feind besetzt ist, in einem Stoßtruppunternehmen am nächsten Morgen zu sprengen. Nachts hört er eine Detonation aus Richtung Brücke. Der Feind hat sich zurückgezogen und die Brücke bereits gesprengt. L kann dies jedoch im Morgengrauen mit seinem Feldstecher nicht klar erkennen. 93)

In Fall 1 wäre es unsinnig, von A einen Versuch zu verlangen, obwohl sich hier die Unmöglichkeit aus Gründen ergibt, die in seiner Person selbst liegen. Hier muß allein das subjektive Unvermögen ohne einen Versuch rechtfertigen.

92) Der Fall ist der Entscheidung des RMG 14, 156 ff frei nachgebildet.

93) Fall nach Lackner in D-L-S, § 2 RNr. 28.

In Fall 2 ist bei Beurteilung der dem L bekannten Umstände durch einen verständigen Dritten die Unmöglichkeit nicht - wie in Fall 1 - offensichtlich, sondern die Sachlage zweifelhaft, ein Versuch daher erfolgversprechend. A muß sich daher aufmachen und seinen Auftrag ausführen. Sobald er dabei feststellt, daß die Brücke zerstört ist, verliert der Befehl seine Verbindlichkeit.⁹⁴⁾

g) Unverbindlichkeit des Befehls wegen grundlegender Veränderung der Sachlage.

Auch die grundlegende Veränderung der bei Befehlserteilung gegebenen militärischen Lage wird als eigenständiger Unverbindlichkeitsgrund genannt,⁹⁵⁾ m.E. nicht zutreffend, da hier sich die Unverbindlichkeit nur aus der Konsequenz daraus ergibt, daß dann, wenn ein erheblicher Zeitraum zwischen Erteilung und Ausführung des Befehls liegt, maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit und Verbindlichkeit der Augenblick der Ausführung ist.

Weil dies so ist, können Befehle ebenso wie Verwaltungsakte durch Veränderung der Sachlage rechtswidrig,⁹⁶⁾ und daher, wenn die Rechtswidrigkeit ersichtlich ist, auch unverbindlich werden,⁹⁷⁾ und zwar aus den bereits bejahten Unverbindlichkeitsgründen heraus.

94) An Fall 2 wird deutlich, daß Versuch hier nicht i. S. des § 43 StGB (§ 22 nStGB) verstanden werden kann, sondern als auf die Ausführung hinarbeiten bis zur zweifelsfreien Feststellung, daß ein Weiterhandeln zwecklos ist.

95) Lackner in D-L-S, § 2 RNr. 30; Scherer, SoldatenG, § 11 Anm. I 3 a.

96) Wolff, VerwR I, S. 343, 306 f.

97) Die offenbare Fehlerhaftigkeit wird hier durch die grundlegende Veränderung der Sachlage bewirkt.

So ist in dem Fall, daß einer Batterie befohlen wird, zu einer bestimmten Uhrzeit ein vom Feind besetztes Dorf zu beschießen, der Batteriechef jedoch zu der angegebenen Zeit feststellt, daß bereits eigene Truppen die Ortschaft besetzt halten,⁹⁸⁾ der Befehl deshalb unverbindlich, weil seine Ausführung ein Vergehen oder Verbrechen enthalten würde. Nur haben sich hier die tatsächlichen Voraussetzungen des Unverbindlichkeitsgrundes erst nachträglich ergeben, der Befehl ist unverbindlich geworden.

In den übrigen Fällen der Lageveränderung, in denen der Befehl nicht nachträglich ersichtlich rechtswidrig, sondern sinnlos und daher die Ausführung überflüssig geworden ist, kann die Unverbindlichkeit m. E. dogmatisch daraus hergeleitet werden, daß die Herbeiführung des Erfolgs vor der geplanten Durchführung nachträglich unmöglich wurde.

Zur Verdeutlichung zwei Beispiele:

1. Der UvD ist angewiesen, am Sonntag die Kompanie um 8 Uhr zu wecken. Bei einem Rundgang vorher stellt er fest, daß alle schon auf sind.
2. Im Manöver soll der Kompanie um 12 Uhr an einer bestimmten Stelle Essen ausgegeben werden. Zum angegebenen Zeitpunkt findet sich dort niemand mehr. 99)

Ein eigenständiger Unverbindlichkeitsgrund der grund-

98) Dies Beispiel nennt Lackner in D-L-S, § 2 RNr. 30 als Fall eines wegen Veränderung der Sachlage unverbindlich gewordenen Befehls.

99) Auch Fall 2 auf S. 80 ist ein Beispiel für einen nachträglich unmöglich gewordenen Befehl.

legenden Veränderung der Sachlage ist somit nicht anzuerkennen.¹⁰⁰⁾

3. Weitere Möglichkeiten einer Rechtfertigung des Ungehorsams.

Die Unverbindlichkeit des Befehls ist, wie wir bereits festgestellt haben,¹⁰¹⁾ nicht mit dem Fehlen einer Befolgungspflicht gleichzusetzen, beides ist vielmehr als Voraussetzung und Rechtsfolge voneinander zu trennen.

Daher besteht die Möglichkeit, daß sich eine Rechtfertigung des Ungehorsams nicht nur aus dem typisch militärrechtlichen Rechtfertigungsgrund der Unverbindlichkeit des Befehls ergibt, sondern daneben auch aus den allgemeinen Rechtfertigungsgründen des Strafrechts, soweit diese hier relevant werden

100) Äußerst problematisch ist die Frage, ob der Befehl wegen Veränderung der militärischen Lage dann unverbindlich wird, wenn ein Abweichen bei der Ausführung einen größeren militärischen Erfolg oder geringere Verluste bei der eigenen Truppe verspricht. Unter diesem Aspekt wurde die Veränderung der Sachlage ursprünglich diskutiert. Vgl. Rittau, MStGB, § 92 Anm. III 3; Schwinge, § 92 Anm. V. Als Beispiel wird der Fall York genannt sowie die Erstürmung der Feste Douaumont, die entgegen dem Befehl, 'der heutige Angriff habe 800 m nördlich des Forts ein Ende zu finden', im ersten Anlauf geschah. Zu den Beispielen vgl. Schmidt, ZWehrR, Bd. 4, S. 102. Die Frage, inwieweit hier aus dem Gedanken der bajonettes intelligentes heraus der unmittelbar kämpfenden Truppe eine eigene Entscheidungsbefugnis zugestanden werden kann, können wir im Rahmen dieser Arbeit nicht eingehend erörtern. Wir verweisen jedoch auf Arndt, WStG, S. 194, der ein Abweichen nach den Grundsätzen der mutmaßlichen Einwilligung zulassen will.

101) Vgl. oben S. 31 f

können.¹⁰²⁾ In diesen Fällen führt ein bestimmter Sachverhalt, ohne zunächst die Unverbindlichkeit des Befehls zu bewirken, direkt zu einer Rechtfertigung des Ungehorsams.

Dazu zwei Beispiele:

1. Der Truppe wird vor dem Manöver in einer Dienstanweisung mitgeteilt, (103) daß das Gewehr nur als Schußwaffe gebraucht werden dürfe. X wird von einem tollwütigen Hund angegriffen. Er erschlägt ihn, da er sich nicht anders zu helfen weiß, mit dem Gewehrkolben.
2. A steht auf Wache. Er sieht, wie nicht weit entfernt eine Frau von einem Strolch überfallen wird. Er verläßt seinen Postenbereich, um der Frau zu Hilfe zu eilen (104)

Die erteilten Befehle sind und bleiben hier rechtmäßig und verbindlich. Die Gehorsamspflicht entfällt nur wegen der ausnahmsweise gegebenen Notlage (§§ 228 BGB, 53 StGB = 32 nStGB).

102) So wohl auch Arndt, WStG, S.190; auch wohl Schönke-Schröder, § 109 b RNr. 18, wenn er neben 'anderen, übergesetzlichen Unverbindlichkeitsgründen' als besonderen Fall einer 'Rechtfertigung' die Pflichtenkollision nennt. Nach Lackner in D-L-S, § 2 RNr. 22 ist die Unverbindlichkeit einziger und umfassender Rechtfertigungsgrund bei den Ungehorsamsdelikten. Dahinter steht wohl der Gedanke, daß die allgemeinen Rechtfertigungsgründe stets auch die Unverbindlichkeit des Befehls bewirken. Die verwaltungsrechtliche Frage der Unverbindlichkeit ist jedoch von dem strafrechtlichen Problem der Rechtfertigung zu trennen.

103) Dazu, daß auch Dienstanweisungen Befehle enthalten können, vgl. oben S. 19 Anm. 40

104) Fall nach Schönke-Schröder, § 109 b RNr. 18.

III. Zusammenfassung.

Im Befehlsrecht wird zwischen Rechtswidrigkeit und Unverbindlichkeit des Befehls unterschieden. Der unverbindliche Befehl berechtigt den Untergebenen, die Ausführung zu verweigern.

Diese Unterscheidung entspricht dabei derjenigen, die im Verwaltungsrecht zwischen Rechtswidrigkeit und Nichtigkeit eines Verwaltungsakts gemacht wird. Da auch der Befehl wie der Verwaltungsakt eine hoheitliche Anweisung ist, sind die im Verwaltungsrecht entwickelten Kriterien zur Abgrenzung der nur rechtswidrigen von den nichtigen Verwaltungsakten im Befehlsrecht rechtsähnlich anzuwenden.

Unverbindlich ist daher nach der im Verwaltungsrecht herrschenden Evidenztheorie der schwerwiegende und offensichtlich rechtswidrige Befehl. In einer Abgrenzung nach dieser Theorie wird dabei nicht nur der herrschenden Meinung im Verwaltungsrecht gefolgt, sondern darüberhinaus auch den Besonderheiten des militärrechtlichen Statusverhältnisses in hohem Maße Rechnung getragen.

Im einzelnen ergeben sich dabei folgende Unverbindlichkeitsgründe:

In § 22 (1) 1 sind genannt: Die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens bei Ausführung des Befehls, die Verletzung der Menschenwürde des Untergebenen und der nichtdienstliche Zweck der Anweisung.

Da nach der oben genannten Abgrenzungstheorie nur der offensichtlich dienstwidrige Befehl zur Unverbindlichkeit führen kann, wird de lege ferenda vorgeschlagen, das Recht des Soldaten zur Befehlsverweigerung auch auf die Fälle des ersichtlich dienstwidrigen Zwecks des Befehls zu beschränken. *

Als außergesetzliche Unverbindlichkeitsgründe sind anzuerkennen:

Der unverhältnismäßig tiefe Eingriff in den persönlichen Rechtsbereich des Soldaten, die absolut rechtliche Unzulässigkeit der Ausführung, die ersichtliche Unmöglichkeit der Ausführung, die offensichtliche Überschreitung des fachdienstlichen Zwecks durch den Fachvorgesetzten,¹⁾ und der Verstoß gegen ein absolutes Verbot.

Die öffentlich - rechtliche Frage der Unverbindlichkeit des Befehls ist von der strafrechtlichen Frage der Rechtfertigung des Ungehorsams zu unterscheiden. Daher ist die Unverbindlichkeit mit ihren verschiedenen Fallgruppen nur ein - wenn auch der in der Regel eingreifende - Rechtfertigungsgrund beim Ungehorsam, neben dem die anderen anwendbar bleiben.

1) Zu den der Überschreitung des fachdienstlichen Zwecks gleichgelagerten Fällen der §§ 3,5 und 6 VorgesetztenVO vgl. S. 17 und S. 66 Anm. 49.

3. A B S C H N I T T

DER IRRTUM ÜBER DIE UNVERBINDLICHKEIT

I. § 22 (1) 2 und das subjektive Rechtfertigungselement.

Aus § 22 (1) 1 ergibt sich, daß die Unverbindlichkeit des Befehls ein Rechtfertigungsgrund ist. Wenn es nun in § 22 (1) 2 sinngemäß heißt, der Untergebene handele auch dann nicht rechtswidrig, wenn er irrig annehme, der Befehl sei verbindlich, so bedeutet dies, daß im Bereich der Rechtfertigung des Ungehorsams wegen Unverbindlichkeit des Befehls auf das subjektive Rechtfertigungselement verzichtet wird; denn glaubt der Soldat, der Befehl sei verbindlich, können Kenntnis der Rechtfertigungssituation und damit auch Wille zum Rechthandeln, die das subjektive Rechtfertigungselement ausmachen,¹⁾ nicht vorliegen.

Satz 2 enthält daher eine Auslegungsregel zu Satz 1,²⁾ er erstreckt die rechtfertigende Wirkung auch auf das Vorliegen einer allein objektiven Rechtfertigungslage.

Dies steht im Gegensatz zu der heute durchaus herrschenden Auffassung,³⁾ daß eine Rechtfertigung über die objektive Rechtfertigungssituation hinaus auch einen Rechtfertigungswillen voraussetzt, und zwar deshalb, weil nur dann neben dem Erfolgsunrecht auch das

1) Schönke-Schröder, Vorbem. v. § 51 RNr. 75.

2) Maurach sieht in § 22 (1) 2 einen eigenständigen Rechtfertigungsgrund. Maurach, StGB BT, S. 616.

3) Jescheck, Lehrbuch, S. 221; Wessels, S. 42.

Handlungsunrecht der Tat fehlt.⁴⁾

II. § 22 (1) 2 und die subjektive Versuchslehre.

Die Ausdehnung der Rechtfertigung beim Ungehorsam durch den Verzicht auf das subjektive Rechtfertigungselement gibt auch in anderer Beziehung Anlaß zu Bedenken. Sie kann einen Verstoß gegen die subjektive Versuchslehre enthalten.⁵⁾

Ob dies der Fall ist, können wir am besten feststellen, indem wir daran anknüpfen, daß der Verzicht auf das subjektive Rechtfertigungselement in § 22 (1) 2 gleichzeitig die Regelung eines Irrtumsfalls darstellt; denn wenn es in Satz 2 heißt: Der Soldat, der "irrig annimmt, der Befehl sei unverbindlich", handele nicht rechtswidrig, so erweist sich dies als gesetzliche Regelung der Rechtsfolgen eines umgekehrten Irrtums über einen Rechtfertigungsgrund,⁶⁾ bei dem der Täter

4) Eine ins einzelne gehende Begründung dafür zu geben, warum ein solches Handlungsunrecht für die Feststellung der Rechtswidrigkeit erforderlich ist, würde eine den Rahmen dieser Bearbeitung überschreitende Auseinandersetzung mit der Unrechtslehre und den Straftheorien voraussetzen. Wir verweisen daher auf die kurze Begründung bei Jescheck, Lehrbuch, S. 221. Lenckner, S. 188 weist nach, daß es nicht angeht, das subjektive Element nur für einzelne Rechtfertigungsgründe zu fordern, wie dies z. B. Baumann, S. 273 f, 337 f, tut. Wir brauchen daher nicht zu prüfen, ob sich für § 22 (1) eine Rechtfertigung auch bei nur objektiver Rechtfertigungslage etwa aus dem Wesen der Unverbindlichkeit herleiten läßt.

5) Die subjektive Versuchstheorie, die den Grund der Strafbarkeit des Versuchs in seiner Auflehnung gegen die Rechtsordnung sieht, und daher die Strafbarkeit des unauglichen Versuchs bejaht, ist heute "allgemeine Auffassung." So Maurach, StGB AT, S. 433; vgl. auch Baumann, S. 482, 490; Mezger-Blei, S. 229.

6) Ebenso für § 22 (1) 2: Dreher in D-L-S, § 22 RNr. 5.

nicht wie beim Irrtum zu seinen Gunsten von der Rechtfertigung seines Verhaltens ausgeht, sondern umgekehrt zu seinen Ungunsten annimmt, rechtswidrig zu handeln.

In dem Verzicht auf das subjektive Rechtfertigungselement in § 22 (1) 2 wird damit zugleich festgestellt, daß der Soldat, der irrig annimmt, ein objektiv gegebener Unverbindlichkeitsgrund liege nicht vor, nicht rechtswidrig handelt. Eine Rechtfertigung beim Ungehorsam ohne subjektives Element ist daher nur unbedenklich, wenn der Untergebene, der irrtümlich annimmt, nicht gerechtfertigt zu sein, auch tatsächlich nach allgemeinen Grundsätzen kein strafbares Unrecht verwirklicht, sondern wie Satz 2 sagt, 'nicht rechtswidrig' handelt.

Zur Verdeutlichung, ob dies der Fall ist, gehen wir von zwei Beispielen eines Irrtums nach § 22 (1) 2 aus:

1. Soldat A erhält den Befehl, einen Brief mit einer persönlichen Nachricht zu überbringen. Er weiß um den privaten Inhalt des Briefes, glaubt aber, auch solche Aufgaben im Dienst erledigen zu müssen. Aus Ärger über seinen Vorgesetzten unterläßt er jedoch die Beförderung. (Rechtsirrtum)
2. Dem Soldaten B wird befohlen, einen Brief, der - durchaus erkennbar - eine private Mitteilung enthält, zur Nachbarkompanie zu bringen. B glaubt an den dienstlichen Zweck des Befehls, befolgt diesen aber dennoch nicht. (Sachverhaltsirrtum)

In der im ersten Beispiel umschriebenen Situation kennt der Täter nicht nur die Tatbestandsmerkmale, sondern weiß auch um die tatsächlich vorliegenden Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes. Er irrt nur

insoweit, als er in einer falschen rechtlichen Bewertung den Kreis der seinen Ungehorsam rechtfertigenden unverbindlichen Befehle zu seinen Ungunsten zu eng zieht, und damit, indem er den Erlaubnissatz über Gebühr einschränkt, den Unrechtstatbestand insgesamt überdehnt. Er glaubt sich wegen etwas strafbar zu machen - Nichtbeförderung eines Privatbriefs - , was gar kein Strafunrecht darstellt. Der Soldat begeht damit zwar tatbestandsmäßig Ungehorsam; denn er befolgt eine von einem Vorgesetzten mit Anspruch auf Gehorsam erteilte Anweisung nicht, aber, was er objektiv unterläßt und auch was er zu unterlassen glaubt, liegt beides⁷⁾ außerhalb des als strafrechtlich relevant erfaßten Verhaltens und kann damit unter keinen Umständen rechtswidrig sein.

Der unter 1. angeführte Fall eines Irrtums über die Unverbindlichkeit führt damit als Wahndelikt⁸⁾ tatsächlich zum Ausschluß der Rechtswidrigkeit, wie dies Satz 2 auch feststellt.

§ 22 (1) 2 erweist sich daher insoweit nur als eine die Dogmatik bestätigende Klarstellung, die zu keinen Bedenken Anlaß gibt.

In Fall 2. irrt der Soldat über den dienstlichen Zweck des Befehls. Er nimmt damit an, eine sachliche Voraus-

7) Anders in Fall 2. Vgl. dazu S. 91

8) Ebenso bewerten diesen Rechtsirrtum: Schönke-Schröder, § 43 RNr. 52; Maurach, NJW 1962, S. 771 f, wo ausgeführt wird, daß sowohl Vorsatz - als auch Schuldtheorie zu diesem Ergebnis kommen; Welzel, S. 194. Für § 22 (1) 2 nehmen im Fall des Bewertungsirrtums Wahndelikt an: v. Richthofen, § 22 Anm. 4 und Rittau, WStG, § 22 Anm. 2.

setzung eines tatsächlich gegebenen Rechtfertigungsgrundes liege nicht vor.

Er glaubt somit nicht wie in Fall 1, etwas zu tun, das in Wirklichkeit gar nicht strafrechtlich relevant ist, sondern sein Vorsatz richtet sich auf die Verletzung eines strafrechtlich geschützten Rechtsguts. Er faßt den Entschluß, tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Ungehorsam zu begehen, und betätigt diesen Entschluß auch durch, wie er meint, taugliche Ausführungshandlungen. Der Erfolg tritt nur deshalb nicht ein, weil der Befehl unverbindlich und der Ungehorsam damit objektiv nicht rechtswidrig ist.

Das ist aber die Situation des nach der subjektiven Versuchstheorie strafbaren untauglichen Versuchs,⁹⁾ und zwar deshalb, weil dieser nicht nur auf die Fälle des Mangels am Tatbestand beschränkt ist, der Grund seiner Strafbarkeit vielmehr darin liegt, daß dem Täter die gewollte Rechtsgutsverletzung nicht gelungen ist.¹⁰⁾ Nicht die gewollte Tatbestandsverwirklichung sondern die vom Täter beabsichtigte Herbeiführung eines Unrechtserfolges ist entscheidend. Damit muß aber auch bei der irrigen Annahme, die sachlichen Voraussetzungen eines objektiv gegebenen Rechtfertigungsgrundes seien nicht gegeben, wegen Versuchs bestraft werden; denn auch in diesem Falle lehnt sich der Täter gegen das Recht auf.

9) Dieses Ergebnis für den umgekehrten Sachverhaltsirrtum findet sich bei Jescheck, Lehrbuch, S. 222; Schönke-Schröder, § 43 RNr. 50 m.w.N. Teilweise wird Vollendung angenommen, so von Maurach, StGB AT, S. 261. Daß dies nicht angeht, weist Lenckner nach (S. 193). Dazu, daß in diesem Fall kein Wahndelikt vorliegen kann, wie Welzel dies annimmt (S. 194), ausführlich Maurach, StGB BT, S. 616 f.

10) Lenckner, S. 194.

Der Soldat, der aufgrund einer Fehlvorstellung über Tatsachen 'irrig annimmt, der Befehl sei verbindlich', macht sich danach nach allgemeinen Grundsätzen wegen versuchten Ungehorsams¹¹⁾ strafbar.

III. Die strafrechtstheoretische Bedeutung des § 22 (1) 2 und der Grund dieser Ausnahmeregelung.

Diese Bestrafung wegen Versuchs wird durch § 22 (1) 2 ausgeschlossen, genauer gesagt schließt in diesem Fall eines Irrtums über die Verbindlichkeit der Verzicht auf das subjektive Rechtfertigungselement gleichzeitig die Zurechnung des die Rechtswidrigkeit des Versuchs begründenden subjektiven Unrechtselements des Entschlusses aus.

Als Ergebnis können wir daher feststellen: Wenn in § 22 (1) 2 für die Rechtfertigung des Ungehorsams wegen Unverbindlichkeit des Befehls ein subjektives Element nicht gefordert wird, ist dies nicht nur insofern dogmatisch verfehlt, als das Unrechtsindiz der Erfüllung des Tatbestandes nur dann aufgehoben wird, wenn der Täter auch in Ausübung des objektiv gegebenen Rechtfertigungsgrundes handelt und damit auch das Handlungsunrecht der Tat fehlt, sondern es bedeutet ebenfalls einen Einbruch in die subjektive Versuchslehre.

Nach SCHWAIGER¹²⁾ wird in § 22 (1) 2 deshalb auf das

11) Gemäß §§ 19 (2) und 45, 44 (1) 2.

12) Diss. S. 154 f.

subjektive Element verzichtet, weil der Rechtsordnung der durch das Nichtbefolgen eines unverbindlichen Befehls aufrechterhaltene Zustand so wertvoll ist, daß es darüber als gleichgültig erscheint, warum der Untergebene diesen Erfolg herbeigeführt hat.

Dieser Gedanke, daß der Erfolgswert den Handlungs-unwert der Tat hier bei weitem überwiege, kann aber nur für die Fälle gelten, in denen durch das Nichtbefolgen schwerwiegendes materielles Unrecht verhindert wird, wie beim verbrecherischen Befehl oder bei der Verletzung der Menschenwürde, nicht jedoch z. B. bei einer Anweisung, die zu nichtdienstlichen Zwecken erteilt oder unmöglich ausführbar ist.

Diese Argumentation überzeugt daher nicht.

Bei der irrigen Annahme, die tatsächlichen Voraussetzungen der Unverbindlichkeit lägen nicht vor, betätigt der Untergebene wie auch sonst beim Versuch seinen verbrecherischen Willen durch eine Ausführungshandlung und gibt damit den Kameraden in dieser Kundgabe seines Willens zum Ungehorsam ein die Disziplin gefährdendes schlechtes Beispiel. Sein Verhalten ist daher durchaus strafwürdig.

Die Gründe dafür, warum in § 22 (1) 2 auf das subjektive Rechtfertigungselement und damit auch auf die Bestrafung bestimmter Fälle des untauglichen Versuchs verzichtet wird, sind weder dogmatische noch militärpolitische, sondern ergeben sich aus der Entstehungsgeschichte der Unverbindlichkeitsregelung: Das Reichsmilitärgericht hatte die im Militärstrafgesetzbuch

nicht positiv geregelte Unverbindlichkeit, wie bereits oben gesagt,¹³⁾ als objektive Bedingung der Strafbarkeit angesehen, was sich für den Untergebenen nicht nur bei deren irriger Annahme ungünstig auswirkte, sondern den Soldaten beim umgekehrten Irrtum straf-frei stellte. Als nun im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens zum Wehrstrafgesetz die Unverbindlichkeit des Befehls beim Ungehorsam von einer objektiven Bedingung in einen Rechtfertigungsgrund geändert wurde, wollte man für die Fälle der irrigen Annahme, ein Unverbindlichkeitsgrund liege nicht vor, den überkommenen Rechtszustand beibehalten. Aus diesem Grunde¹⁴⁾ entschloß sich der Bundestagsrechtsausschuß, obwohl das Problem des untauglichen Versuchs gesehen wurde,¹⁵⁾ beim Bundesjustizministerium als feder-führender Abteilung die Einfügung des Satzes 2 in § 22 (1) anzuregen.¹⁶⁾ Warum dabei jedoch die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen wurde und nicht, was dog-matisch sauberer gewesen wäre,¹⁷⁾ durch einen persön-lichen Strafausschließungsgrund die Strafbarkeit¹⁸⁾ geht aus den Motiven nicht hervor.¹⁹⁾

13) Seite 25

14) "Da der Ausschuß diesen Weg (der objekt. Bed. d. Strafbarkeit. Anm. d. Verf.) verläßt, muß er in einem neuen Satz 2 des § 22 Abs. 1 aussprechen, daß die Rechtswidrigkeit des Nichtgehorchens auch dann entfällt, wenn der Untergebene den Befehl irrig für verbindlich hält." Schriftlicher Bericht des BTRA (Bericht Haasler) in Verh. d. DBT II, 199. Sitzung, Sten. Ber. Bd. 35, S. 11319; vgl. auch Amtl. Prot. d. 193. Sitzung des BTRA, S. 16 f, 194. Sitzung, S. 4.

15) Amtl. Prot. d. 193. Sitzung des BTRA, S. 19.

16) Amtl. Prot. d. 193. Sitzung des BTRA, S. 20.

17) So Maurach, StGB BT, S. 616.

18) Eine solche Regelung findet sich seit dem 3. StrRG (BGBI. 1970 I S. 505 ff) in § 113 (4) StGB. Für § 22 (1) schlug sie bereits Bundestagsabgeordneter Arndt in BTRA vor; vgl. Amtl. Prot. d. 193. Sitzung, S. 19.

19) Entscheidend kann gewesen sein, daß Welzel, mit dem

IV. Straflosigkeit des untauglichen Versuchs auch
beim 'Mangel im Tatbestand' als Konsequenz des
§ 22 (1) 2 ?

Daß § 22 (1) 2 dogmatisch verfehlt ist,²⁰⁾ sei zum
Abschluß unserer Erörterung dieser Vorschrift noch
an einer ihrer Konsequenzen aufgezeigt:

1. Soldat A erhält von einem Ranghöheren
telefonisch die Anweisung, einen - was A
nicht weiß - privaten Brief zu befördern.
A glaubt an der Stimme einen seiner Vorge-
setzten zu erkennen und mit einer dienst-
lichen Angelegenheit betraut zu werden.
Gleichwohl führt er die Anweisung nicht
aus.
2. Wie Fall 1, nur handelt es sich tatsächlich
um einen dienstlichen Brief, wovon A auch,
wie in Fall 1, ausgeht.

Im ersten Beispiel irrt der Untergebene in zweifacher
Hinsicht. Indem er die erhaltene Anweisung für einen
Befehl hält, glaubt er, der Tatbestand des Ungehorsams
sei erfüllt, und indem er vom dienstlichen Zweck und
damit der Verbindlichkeit des Befehls ausgeht, stellt
er sich auch die Rechtswidrigkeit seines Ungehorsams
nur irrig vor.

Hier kann der Soldat nicht dadurch, daß er noch zusätz-
lich zu seinem Irrtum nach § 22 (1) 2 die Befehlseigen-

Vertreter der Bundesregierung aus Anlaß der Änderung
des § 22 (1) Gespräche führten (so Amtl. Prot. d.
194. Sitzung des BTRA, S. 4), den umgekehrten Ver-
botsirrtum stets für ein Wahndelikt hält (Welzel,
S. 194) , wonach § 22 (1) 2 nur eine unschädliche
Klarstellung des Gesetzgebers enthielte.

20) So auch Maurach, der den § 22 (1) 2 ob seiner
dogmatischen Inkonsequenz als 'Husarenritt des
Gesetzgebers' apostrophiert. Maurach, StGB BT,
S. 616.

schaft der Anordnung und damit den Tatbestand des Ungehorsams nur irrig annimmt, durch eine Bestrafung wegen Versuchs schlechter gestellt werden, als wenn er nur über die Rechtswidrigkeit irrt; denn auch wenn objektiv ein Befehl vorgelegen hätte, würde der Soldat nach § 22 (1) 2 nicht rechtswidrig gehandelt haben. Der zusätzliche Mangel im Tatbestand kann keine Schlechterstellung begründen.

§ 22 (1) 2 ist daher auf diesen doppelten Irrtum analog anzuwenden,²¹⁾ eine Bestrafung wegen Versuchs auch hier ausgeschlossen.

Auch für Fall 2 wird in der Literatur die analoge Anwendung des § 22 (1) 2 gefordert,²²⁾ obwohl es sich hier nur um den Fall eines umgekehrten Tatbestandsirrtums handelt, der nach allgemeiner Auffassung²³⁾ zur Bestrafung wegen Versuchs führt.

Zwar wird eine solche Analogie abzulehnen sein,²⁴⁾ da diese Fälle eindeutig von §§ 19 (2), 3 (2), WStG, 43 StGB (22, 23 nStGB) erfaßt werden, und der Versuch beim Ungehorsam nicht nur auf die Bestrafung des Verbrechens in itinere beschränkt sein kann, sondern auch die irrige Annahme eines Tatbestandsmerkmals umfaßt;²⁵⁾ dennoch ist kein plausibler Grund ersichtlich, warum derjenige, der weiß, daß der Tatbestand erfüllt ist und sich nur nicht gerechtfertigt glaubt, besser gestellt sein soll als jemand, der nicht einmal

21) So Dreher in D-L-S, § 22 RNr. 6 und die in Anm. 22 genannten Autoren.

22) Kohlhaas, WStG, § 22 Anm. 3; v. Richthofen, § 22 Anm. 4.

23) Vgl. die Literatur in Anm. 5, S. 88

24) So auch Dreher in D-L-S, § 22 RNr. 6 und Schwaiger, Diss. S.157.

25) Dreher in D-L-S, § 19 RNr. 10.

tatbestandsmäßig handelt, zumal bei Erfüllung des Tatbestandes eine Gefährdung des geschützten Rechtsguts näherliegt, als wenn es sich - wie hier beim Ungehorsam - nicht einmal um einen Befehl handelt.²⁶⁾ Beide Male hat der Täter vor der Ausführungshandlung den Entschluß gefaßt, einen Unrechtserfolg zu verwirklichen. Die Zurechnung des Entschlusses als subjektives Unrechtsmerkmal nur dann zu verneinen, wenn der Eintritt des gewollten Erfolges am objektiven Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes scheitert, nicht aber am Fehlen eines Tatbestandsmerkmals, ist nicht gerechtfertigt.

V. Zusammenfassung.

In § 22 (1) 2 wird für die Rechtfertigung des Ungehorsams wegen Unverbindlichkeit des Befehls auf das subjektive Rechtfertigungselement verzichtet.

Dies steht im Widerspruch zu der heute als durchaus herrschend zu bezeichnenden Auffassung, daß zur Rechtfertigung nicht nur das objektive Vorliegen des Rechtfertigungsgrundes genügt, sondern der Täter auch den Willen zum Rechthandeln haben muß.

Da der Täter, der irrig davon ausgeht, ein rechtfertigender Sachverhalt liege nicht vor, wegen (rechtswidrigen) Versuchs zu bestrafen ist, nach § 22 (1) 2 der Soldat aber auch bei Unkenntnis der Rechtfertigungssituation 'nicht rechtswidrig' handelt, beinhaltet die

26) Darauf weist besonders Kohlhaas hin. Kohlhaas, WStG, § 22 Anm. 3.

Regelung des § 22 (1) 2 auch einen Einbruch in die subjektive Versuchslehre.

Dabei ist analog § 22 (1) 2 auch dann nicht wegen Versuchs zu strafen, wenn der Soldat irrig annimmt, die tatsächlichen Voraussetzungen eines Unverbindlichkeitsgrundes lägen nicht vor und zusätzlich sich auch die Erfüllung des Tatbestands nur irrig vorstellt.

4. A B S C H N I T T

DER IRRTUM ÜBER DIE VERBINDLICHKEIT

I. Zur Entstehungsgeschichte der Irrtumsregelungen.

Die dem § 22 (1) nachfolgenden Absätze 2 und 3 regeln, inwieweit es strafrechtlich relevant ist, wenn beim Ungehorsam der Befehl zwar objektiv verbindlich ist, der Soldat jedoch irrig von der Unverbindlichkeit ausgeht, und damit glaubt, sein Verhalten sei gerechtfertigt.

Diese militärstrafrechtlichen Sonderregelungen eines Irrtums über einen Rechtfertigungsgrund stehen dabei auf dem Boden der Schuldtheorie. Der Irrtum wird nicht wie ein vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum behandelt, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit demnach nicht als Bestandteil des Vorsatzes angesehen (Vorsatztheorie), sondern einer eigenständigen Stellung des Unrechtsbewußtseins als Schuldelement (Schuldtheorie)¹⁾ entsprechend, selbstständig geregelt.

Dabei werden auch Kriterien der Schuldtheorie für die Beachtlichkeit des Irrtums über die Rechtswidrigkeit verwendet: die Differenzierung nach der Vermeidbarkeit des Irrtums und die Möglichkeit einer Strafmilderung

1) Zu den Theorien vgl. die Darstellung bei Schönke-Schröder, § 59 RNr. 80 ff.

nach Versuchsgrundsätzen, jedoch teilweise in geringerem Umfang als bei der Schuldtheorie. So tritt die Strafmilderung nach Versuchsgrundsätzen²⁾ nicht wie nach der Schuldtheorie beim vorwerfbaren Irrtum ein, sondern wird in der generellen Regelung des § 22 (3) nur beim unvermeidbaren Irrtum zugelassen. Gänzlich von Strafe befreit der unvermeidbare Irrtum nur in den Fällen des § 22 (2).³⁾ Inhaltlich weichen die Irrtumsregelungen des § 22 dadurch insgesamt erheblich von der Schuldtheorie ab, der Irrtum über die Verbindlichkeit ist weitgehend unbeachtlich.

Diese Abweichung erklärt sich von der Entstehungsgeschichte des § 22 her daraus, daß im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens wegen dogmatischer Bedenken wohl in § 22 (1) die Unverbindlichkeit von einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit in einen Recht fertigungsgrund umgeändert wurde,⁴⁾ die Schöpfer des Wehrstrafgesetzes sich jedoch nicht dazu entschließen

2) Seit der Einfügung des neuen § 15 StGB durch das 1. StrRG (BGBl. 1969 I, S. 645) liegt es näher, diesen als Milderungsvorschrift heranzuziehen. Auf ihn verweist auch der neue § 113 StGB im Zusammenhang mit der Bestrafung wegen vermeidbaren Verbotsirrtums. Wir bleiben jedoch, dem Wortlaut des § 22 (3) folgend bei einer Milderung nach Versuchsgrundsätzen. Nach dem Inkrafttreten des 2. StrRG gilt § 49 nStGB.

3) Die § 22 (2) und (3) sprechen nicht von einer Entschuldigung oder Schuldmilderung. Sie sind ihrem Wortlaut nach reine Strafzumessungsvorschriften. Der Grund für die Strafmilderung oder den Strafausschluß muß jedoch wie stets bei Irrtumsvorschriften auch hier im Fehlen oder im geringerem Ausmaß der Schuld liegen.

4) Vgl. dazu genauer oben S.25 f, 94.

konnten, damit auch eine der wesentlichsten Auswirkungen dieser Änderung zu korrigieren: den Umfang der in § 22 (2) und (3) festgelegten Beachtlichkeit des Irrtums.

Daher wurden § 22 (2) und (3) in unveränderter Gestalt Gesetz. Was ursprünglich der objektiven Bedingung der Strafbarkeit als besondere Irrtumsregelung beigefügt worden war, um wenigstens in den Fällen, in denen eine Bestrafung auch aus militärischen Gründen der Aufrechterhaltung der Disziplin und der Schlagkraft der Truppe nicht erforderlich erschien, den Irrtum straffausschließend oder strafmildernd zu berücksichtigen, wurde nunmehr zur gesetzlichen Regelung eines Verbotsirrtums, ohne daß diese den von der Dogmatik gesetzten Kriterien für dessen Beachtlichkeit entsprach. Den strafrechtstheoretischen Bedenken gegen eine solch systemwidrige Regelung eines Irrtums über einen Rechtfertigungsgrund wurde mit dem Hinweis begegnet, daß im militärischen Bereich eine strengere Irrtumsregelung notwendig sei, um den Soldaten im Zweifel zum Gehorsam zu veranlassen.⁵⁾

Mit den Bedenken gegen die in § 22 (2) und (3) gefundene Lösung und den Versuchen, diese zu rechtfertigen, werden wir uns unten⁶⁾ im einzelnen beschäftigen.

Zunächst ist die gesetzliche Regelung selbst vorzustellen.

5) v. Meerkatz, Verh. d. DBT, Sten. Ber. Bd. 35, S. 10851; Begründung zu dem Entw. eines Wehrstrafges. BT Drucks. II 3040, S. 31; vgl. auch Dreher, JZ 1957, S. 396; Schreiber, WStG, § 22 RNr. 4.

6) Vgl. unten S. 112 ff

II. Die gesetzlichen Vorschriften im einzelnen.

1. Die grundsätzliche Regelung des § 22 (3).

Die grundsätzliche Regelung des Irrtums über die Verbindlichkeit enthält § 22 (3). Sie besagt:

"Nimmt ein Untergebener irrig an, daß ein Befehl aus anderen Gründen nicht verbindlich ist, und befolgt er ihn deshalb nicht,"

In der Formulierung 'aus anderen Gründen' schließt § 22 (3) den im vorhergehenden Absatz 2 abweichend geregelten Sonderfall aus, daß der Soldat irrig davon ausgeht, bei Befolgung des Befehls ein Verbrechen oder Vergehen zu begehen.⁷⁾

In allen übrigen Fällen greift § 22 (3) ein, so wenn der Soldat glaubt, der Befehl verstoße gegen die Menschenwürde, sei ersichtlich nicht zu dienstlichen Zwecken erteilt oder greife unverhältnismäßig tief in den eigenen persönlichen Rechtsbereich ein. Auch die Annahme eines in der Rechtsordnung nicht existenten Unverbindlichkeitsgrundes und die rechtsirrig zu weite Ausdehnung eines anerkannten auf einen Sachverhalt, den dieser nicht mehr umfaßt,⁸⁾ fallen unter

7) Diese Ausnahme wird im Anschluß an die generelle Regelung des § 22 (3) erörtert, vgl. unten S. 104 f

8) Ein solcher Irrtum über die Grenzen eines Rechtfertigungsgrundes liegt z. B. vor, wenn, wie wir es vorgeschlagen haben, nur der ersichtlich dienstwidrige Befehl als unverbindlich angesehen wird, der Soldat jedoch glaubt, jeder dienstwidrige Befehl rechtfertige seinen Ungehorsam.

§ 22 (3).

Der Soldat muß nur davon ausgehen, der Befehl sei so fehlerhaft beschaffen, daß er für ihn keine Befolgungspflicht auslöse.⁹⁾

Der Soldat muß 'annehmen', der Befehl sei unverbindlich. Dabei genügt es, daß er die Unverbindlichkeit nur für möglich hält, den Befehl aber im Vertrauen auf die Unverbindlichkeit nicht befolgt.¹⁰⁾ Diese Annahme muß der Grund für den Ungehorsam sein; deshalb ist § 22 (3) nicht anwendbar, wenn der Soldat den Befehl zwar für unverbindlich hält, es jedoch eine andere Ursache hat, daß er ihn nicht befolgt.¹¹⁾
Beispiel:

A erhält einen Befehl, den er für unverbindlich ansieht, jedoch befolgen will. Später vergißt er ihn und führt ihn nur deshalb nicht rechtzeitig aus. 12)

Schließlich muß der Soldat aufgrund seiner Fehlvorstellung den Befehl 'nicht befolgen'. Diese Formulierung ist insoweit nicht ganz genau, als § 20 - auch in Verbindung mit den §§ 27, 28 - ein Nichtbefolgen nicht voraussetzt.¹³⁾ Dort genügt ein Sich - Auflehnen, auch wenn der Soldat nachher doch noch

9) Deshalb genügt auch die irrige Annahme der Rechtswidrigkeit des Befehls nicht.

10) Vgl. dazu näher unten S. 114

11) Dreher in D-L-S, § 22 RNr. 9.

12) Fall nach Dreher in D-L-S, § 22 RNr. 9.

13) Dreher in D-L-S, § 20 RNr. 3.

den Befehl ausführt. Diese wohl aus stilistischen Gründen erfolgte 'kurze' Formulierung ist jedoch unschädlich, da sich § 22 (3) weiter unten im Text ausdrücklich auch auf § 20 bezieht.

Als Rechtsfolge ordnet § 22 (3) an, daß die Strafe bei nicht vorwerfbarem Irrtum gemildert werden kann. Daraus ist im Umkehrschluß zu folgern, daß der vorwerfbare Irrtum gänzlich irrelevant ist.¹⁴⁾

2. Die Ausnahme des § 22 (2).

Nach § 22 (2) macht sich der Untergebene, abweichend von der generellen Regelung, dann nicht strafbar, wenn er irrig annimmt, daß durch die Ausführung des Befehls ein Verbrechen oder Vergehen begangen würde, und ihm dieser Irrtum nicht vorzuwerfen ist.

§ 22 (2) stimmt damit mit den von der Strafrechtstheorie herausgestellten Grundsätzen zur Erheblichkeit des Irrtums über einen Rechtfertigungsgrund überein; denn darüber, daß beim nicht vorwerfbaren Irrtum eine Bestrafung des Täters entfällt, herrscht in allen Theorien zur Relevanz der irrigen Annahme eines Rechtfertigungsgrundes Einigkeit.¹⁵⁾

Grund für diese Ausnahmeregelung gegenüber Abs. 3

14) Arndt, WStG, S. 193; dieser Umkehrschluß liegt nahe, da sonst vermeidbarer und unvermeidbarer Irrtum gleichbehandelt würden.

15) Vgl. Schönke-Schröder, § 59 RNrn. 80 ff.

ist es nach den Motiven, hiermit der besonderen Situation des § 5 Rechnung zu tragen.¹⁶⁾

Nach § 5 ist der Soldat bei Ausführung eines Befehls dann nicht von einer Haftung befreit, wenn sich der Befehl auf die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens richtete, und der Untergebene das Verbrecherische seines Verhaltens erkannt oder dies offensichtlich ist. Glaubt der Untergebene nun, sich bei Ausführung des Befehls strafbar zu machen, befinde er sich, so wird argumentiert, in einer psychischen Zwangslage;¹⁷⁾ denn er könne sich nicht für ein straffreies Gehorchen entscheiden, wie in den übrigen Fällen. Wenn er hier als Ausweg den Befehl nicht befolge, solle ihn dies weitergehend entschuldigen.

Fraglich bleibt, ob nach § 22 (2) beim vorwerfbaren Irrtum die Strafe wegen geringerer Schuld gemildert werden kann, wie dies nach der Schuldtheorie der Fall ist.

Aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt sich dafür nichts. DREHER¹⁸⁾ verneint eine solche Möglichkeit der Strafmilderung, da die Irrtumsregelungen des § 22 eine abschließende Sonderregelung darstellten, und damit eine ergänzende Heranziehung der allgemeinen

16) Begr. zu dem Entw. eines Wehrstrafges. BT Drucks. II 3040, S. 31.

17) Vgl. dazu auch Kohlhaas, WStG, § 22 Anm. 4; Rittau, Wehrwiss. Rundschau 1961, S. 128; Dreher in D-L-S, § 22 RNr. 8.

18) Dreher in D-L-S, § 22 RNr. 10 und in JZ 1957, S. 396.

Grundsätze zur Beachtlichkeit des Verbotsirrtums nicht möglich sei.

Nach KOHLHAAS, v. RICHTHOFEN und RITTAU¹⁹⁾ läßt § 22 (2) eine Strafmilderung nach Versuchsgrundsätzen zu.

Gegen die erste Meinung spricht, daß dann, wenn beim vermeidbaren Irrtum keine Möglichkeit der Strafmilderung angenommen wird, das rechtsfahrlässige Verhalten stets aus demselben Strafraum bestraft wird, wie der bewußte Verstoß gegen die Rechtsordnung, obwohl sich beide in der kriminellen Energie des Täters unterscheiden.²⁰⁾

Auch besteht, wenn die Sonderregelung des § 22 (2) damit begründet wird, daß hier wegen der psychischen Zwangslage der Soldat weitergehend entschuldigt werden

19) Kohlhaas, WStG, § 22 Anm. 5; v. Richthofen, § 22 Anm. 7; Rittau, WStG, § 22 Anm. 3, der eine Strafmilderung zulassen will, wenn 'dem Untergebenen der Irrtum mit Rücksicht auf die besondere Lage nicht zum schweren Vorwurf' zu machen ist.

20) Jescheck, Lehrbuch, S. 302; vgl. auch, allerdings von der Vorsatztheorie her, Binding, Die Schuld, S. 18: "Ein tieferer Gegensatz innerhalb rechtlicher wie sittlicher Verschuldung als der zwischen bewußter Auflehnung wider Recht und Sittengesetz und unbewußter Vernachlässigung des einen oder anderen läßt sich überhaupt nicht denken."

Geht man wie Warda, ZStrW 71, S. 265, 280 so weit zu behaupten, diese Unterschiedlichkeit erfordere von der Verfassung her (Art. 3 GG) eine differenzierende gesetzliche Strafzumessungsvorschrift, so könnte dies bedeuten, daß § 22 (2), wenn er rechtsfahrlässigen und vorsätzlichen Ungehorsam über einen Leisten schlägt, wegen Verstoßes gegen Art. 3 GG verfassungswidrig ist. Auch dann kann jedoch m. E. die Verfassungsmäßigkeit des § 22 (2) bejaht werden, und zwar in einer verfassungskonformen Auslegung dieser Vorschrift dahingehend, daß sie - wie auch wir sie sehen - eine Strafmilderung nach Versuchsgrundsätzen zuläßt. Im Ergebnis besteht daher kein Unterschied.

soll, diese Zwangslage nicht nur beim unvermeidbaren sondern auch beim vermeidbaren Irrtum. Auch dann ist der Untergebene doch - wenn auch vorwerfbar - davon überzeugt, bei Ausführung des Befehls bestraft werden zu können. Eine Besserstellung gegenüber den Fällen des § 22 (3) muß sich von daher konsequenterweise auch auf den vermeidbaren Irrtum erstrecken, d. h. gegenüber der vollen Bestrafung in Abs. 3 eine Strafmilderung zulassen.

Der Soldat muß davon ausgehen, ein Vergehen oder Verbrechen zu begehen, falls er den Befehl ausführt. Dabei braucht er jedoch nicht juristisch richtig i.S. des § 1 StGB (§ 12 nStGB) zu werten, vielmehr genügt es, wenn er in einer Parallelwertung in der Laiensphäre annimmt, daß sein Tun erhebliche Rechtsgüter verletzen würde.²¹⁾

3. Regelung auch des Irrtums über den rechtfertigenden Sachverhalt.

Von weitreichender Bedeutung ist es, ob die Irrtumsregelungen des § 22 (2) und (3) der reinen oder der eingeschränkten Schuldtheorie folgen, d. h. ob sie jeden Irrtum erfassen, der den Soldaten die Verbindlichkeit des Befehls und damit die Rechtswidrigkeit seines Ungehorsams nicht erkennen läßt, oder ob hier nur die Fälle des Verbotsirrtums, der falschen recht-

21) Dreher in D-L-S, § 22 RNr. 8. Entscheidend für § 22 (2) ist also nicht, daß der Untergebene glaubt, sich strafbar zu machen.

lichen Bewertung des eigenen Tuns als rechtmäßig, gemeint sind, die irrige Annahme eines rechtfertigenden Sachverhalts jedoch ausgeschlossen bleibt und dem § 59 StGB (§ 16 nStGB) unterfällt.²²⁾

Bedeutsam ist dies zum einen, da der Irrtum nach § 22 (3) nicht von Strafe befreit. Diese Schlechterstellung aus soldatischen Gründen ist dann nicht so weitreichend, wenn der Sachverhaltsirrtum nicht mitumfaßt wird. Zum anderen macht es auch für § 22 (2) einen Unterschied, ob die schuldhaft irrige Annahme eines rechtfertigenden Sachverhalts analog²³⁾ § 59 StGB (§ 16 nStGB) den Vorsatz ausschließt, und eine Bestrafung nur aus den Fahrlässigkeitstatbeständen der §§ 21; 44 (4); 45 (1), 44 (4) möglich macht, oder ob nur die Möglichkeit besteht, die Vorsatzstrafe zu mildern.

Einigkeit besteht darin, daß im Falle des § 22 (2) kein Raum für eine Anwendung des § 59 StGB (§ 16 nStGB) ist,²⁴⁾ und zwar aus dem Gedanken heraus, daß ja Grund für die Ausnahmeregelung des § 22 (2) die psychische Zwangslage ist, diese aber sowohl beim Sachverhalts - wie auch beim Bewertungsirrtum vorliegt.²⁵⁾

22) Zu den Theorien vgl. genauer Schönke-Schröder, § 59 RNr. 86 ff.

23) Nach der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen gehören die tatbestandlichen Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes zum Tatbestand. Nach dieser Lehre ist auf sie daher § 59 StGB direkt anzuwenden. Vgl. Schönke-Schröder, § 59 RNr. 21.

24) Arndt, WStG, S. 193; Kohlhaas, WStG, § 22 Anm. 4; Dreher, JZ 1957, S. 396; v. Richthofen, § 22 Anm. 8.

25) So ausdrücklich Kohlhaas, WStG, § 22 Anm. 4 und 6.

Zu § 22 (3) gehen die Meinungen auseinander. ARNDT äußerte sich in einer ersten Stellungnahme zu dem neuen Wehrstrafgesetz zunächst dahingehend, daß die § 22 (2) und (3) zwar nach der Begründung des Entwurfs eine abschließende Regelung sein sollten, die Rechtsprechung aber möglicherweise aus ihnen folgern werde, daß der Sachverhaltsirrtum nach § 59 StGB (§ 16 nStGB) zu behandeln sei.²⁶⁾ In seinem Lehrbuch vertritt ARNDT nun diese Auffassung für den § 22 (3) selbst.²⁷⁾ Ihm folgen KOHLHAAS und SCHWAIGER.²⁸⁾

Nach DREHER, KOHLRAUSCH, v. RICHTHOFEN und dem LG BRAUNSCHWEIG²⁹⁾ erfaßt auch die generelle Regelung des § 22 (3) den Irrtum über den rechtfertigenden Sachverhalt.

Um das Ergebnis voranzustellen: Zutreffend ist die Auffassung, daß sowohl Abs. 2 wie auch Abs. 3 den Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund insgesamt regeln.

Dies ergibt sich für beide Vorschriften zunächst aus dem Wortlaut. Nach § 22 (2) muß der Soldat annehmen, 'daß durch die Ausführung ein Verbrechen oder Vergehen begangen würde', nach § 22 (3) muß er glauben, daß der Befehl 'aus anderen Gründen' nicht verbindlich sei.

26) Arndt, DRiZ 1957, S. 136; diese Folgerung hat die Rechtsprechung übrigens bisher nicht gezogen, vgl. LG Braunschweig in Kohlhaas-Schwenck, § 22 Urst. 5.

27) Arndt, WStG, S. 195.

28) Kohlhaas, WStG, § 22 Anm. 6; Schwaiger, Diss. S. 123 f.

29) Dreher in D-L-S, § 22 RNr. 11 und JZ 1957, S. 396; Kohlrausch in Kohlrausch-Lange, § 109 b Anm. X 2; v. Richthofen, § 22 Anm. 8; LG Braunschweig in Kohlhaas-Schwenck, § 22 Urst. 5.

Vorausgesetzt wird daher in beiden Fällen nur, daß der Soldat zu der Überzeugung gelangt, die Anordnung sei unverbindlich. Ob ein Sachverhalts- oder Bewertungsirrtum zugrunde liegt, ist nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht entscheidend, das Gesetz stellt auf diese Differenzierung überhaupt nicht ab.³⁰⁾

Auch aus dem Zweck des § 22 (3) ergibt sich, daß er den Sachverhaltsirrtum mitumfaßt. Die Verbindlichkeit ist gerade deshalb nicht zu einem Merkmal des Befehls und damit des Tatbestands der Ungehorsamsdelikte ausgestaltet worden, sondern wird erst im Bereich der Rechtswidrigkeit relevant, weil ein Vorsatzausschluß nach § 59 StGB bei der irrigen Annahme der Unverbindlichkeit als zu weitgehend erschien.³¹⁾ Eine Anwendung des § 59 StGB (§ 16 nStGB) beim Sachverhaltsirrtum würde nun diesem Zweck des § 22 zuwiderlaufen und einen Schritt zurück bedeuten.

Bestätigt wird diese Auffassung, daß § 22 (3) den Irrtum über den rechtfertigenden Sachverhalt mitumfaßt, durch die Gesetzesmaterialien. So erklärte Bundesjustizminister von MEERKATZ in der ersten Lesung des Wehrstrafgesetzes im Bundestag, daß die Judikatur des Bundesgerichtshofs zum Verbotsirrtum hier der Sachlage nicht gerecht werden würde.³²⁾ Von der Ent-

30) Auch nach LG Braunschweig spricht der Wortlaut des § 22 (3) für eine solche Auslegung. Danach ist "für eine die Sonderregelung des § 22 ergänzende Heranziehung der Rechtsprechungsgrundsätze zum Verbotsirrtum nach dem Gesetzeswortlaut kein Raum." LG Braunschweig in Kohlhaas-Schwenck, § 22 Urt. 5.

31) Dreher in D-L-S, § 2 RNr. 6; vgl. auch oben S. 10 f.

32) Verh. d. DBT, Sten. Ber. Band 35, S. 10852.

stehungsgeschichte des § 22 her spricht für eine Regelung des Verbotsirrtums insgesamt auch, daß sich Abs. 3 ursprünglich auf eine objektive Bedingung der Strafbarkeit bezog und nicht als Regelung des Irrtums über einen Rechtfertigungsgrund gedacht war. Er kann daher auch nicht im Sinne der eingeschränkten Schuldtheorie, d. h. differenzierend zwischen Sachverhalts- und Rechtsirrtum konzipiert worden sein.³³⁾

Als Ergebnis unserer Auslegung der Irrtumsregelungen des § 22 (2) und (3) können wir somit feststellen:

§ 22 (2) entspricht, da er beim vorwerfbaren Irrtum eine Milderung der Strafe nach Versuchsgrundsätzen zuläßt und sowohl Bewertungs- als auch Sachverhaltsirrtum umfaßt, der reinen Schuldtheorie.

Auch § 22 (3) regelt Rechts- und Tatsachenirrtum, weicht jedoch dadurch, daß nach ihm nur der nicht vorwerfbare Irrtum die Strafe mildern kann, im übrigen erheblich von der Schuldtheorie ab.

33) Die von der Gegenmeinung - § 22 (3) nur als Regelung des Bewertungsirrtums - angeführten Gründe überzeugen nicht. Nach Arndt, WStG, S. 195 betrifft § 22 (3) 'erkennbar' nur den Verbotsirrtum i.e.S. Nach Schwaiger, Diss. S. 124 'scheint der objektive Sinn des Gesetzes, besonders aber die Formulierung des § 22 Abs. 2 darauf hinzudeuten, daß nur der eigentliche Verbotsirrtum gemeint sein könne.' Auch die von Kohlhaas, WStG, § 22 Anm. 6 gegebene Begründung überzeugt nicht.

Angesichts der strafrechtsdogmatischen und verfassungsrechtlichen Problematik des § 22 (3) liegt der Schluß nahe, daß diese einschränkende Auslegung nur deshalb vertreten wird, um den Anwendungsbereich dieser bedenklichen Vorschrift zu begrenzen.

III. Kritik der gesetzlichen Regelung.

1. Die Differenzierung zwischen § 22 (2) und (3) nach der psychischen Zwangslage beim Untergebenen.

Wie bereits erwähnt³⁴⁾ wird der Grund dafür, warum der Untergebene in dem Sonderfall des § 22 (2) weitergehend entschuldigt wird als sonst, darin gesehen, daß der Soldat sich hier in einer inneren Zwangslage befinde. Er müsse davon ausgehen, sich bei Befolgung des Befehls strafbar zu machen.³⁵⁾

Es kann fraglich sein, ob diese Differenzierung zwischen § 22 (2) und (3) von ihrer Begründung her gerechtfertigt ist und zwar deshalb, weil es durchaus nicht zwingend ist, daß der Soldat bei seiner irrigen Auffassung, bei Befolgung des Befehls schwerwiegendes Unrecht zu begehen, stets in eine psychische Zwangslage gerät. So kann er darauf vertrauen, daß die Sache sich vertuschen lasse oder er von seinem Vorgesetzten gedeckt und schon nicht strafrechtlich verfolgt werden würde.

Weiter könnte vorgebracht werden, daß § 22 (2) auch gar nicht alle Fälle einer Zwangslage erfasse; denn ob jemand in eine psychische Zwangslage gerate, hänge weniger von dem Gegenstand seines Irrtums - Vergehen oder Verbrechen - ab, als von seiner innerseelischen Struktur. Der gewissenhafte Soldat, der sich besonders

34) Vgl. oben S. 104 ff

35) Arndt, WStG, S. 193 und die unter Anm. 16 und 17
auf Seite 105 angeführte Literatur.

darum bemühe, durch sein Handeln keine Rechte oder Interessen Dritter zu verletzen, könne in vielen Fällen in ein Gewissensdilemma geraten, das ihn zum Ungehorsam dränge.

Dabei würde jedoch verkannt, daß der Gesetzgeber im Bereich der Entschuldigungsgründe, die auf dem Gedanken der Privilegierung einer ungewöhnlichen innerseelischen Drucksituation bei dem handelnden Täter beruhen,³⁶⁾ wie auch sonst notwendigerweise generalisieren muß. Er kann nicht unmittelbar an eine letztlich stets individuell verschiedene innerseelische Zwangslage anknüpfen, sondern muß aus Gründen der Rechtssicherheit dem Entschuldigungsgrund eine klar umrissene Gestalt geben und ihn daher an objektiven Kriterien ausrichten.³⁷⁾

Damit ist ein solcher Entschuldigungsgrund bereits dann nicht zu beanstanden, wenn er unter Heranziehung objektiver Kriterien eine für einen Schuldausschluß oder eine Schuldmitderung typische Situation umschreibt. Die Besserstellung des Soldaten in § 22 (2) mit einer inneren Zwangslage zu begründen, ist daher bereits dann gerechtfertigt, wenn Abs. 2 einen besonders typischen Fall einer solchen Situation umschreibt. Dies trifft aber zu.

Der Soldat, der irrig der Auffassung ist, der Befehl ordne die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens an, wird in der Regel von der Furcht, sich bei Aus-

36) Dies gilt z. B. auch für die §§ 52, 54 StGB (§§ 52 (1), 54 nStGB). Vgl. Schönke-Schröder, § 52 RNr. 1 und Kohlrausch - Lange, § 54 Anm. I.

37) Vgl. dazu Jescheck, Lehrbuch, S. 90 f und 316.

führung des Befehls strafbar zu machen, stärker zum Ungehorsam gedrängt werden als der Untergebene, der glaubt, in einen straflosen Gehorsam ausweichen zu können, wie dies bei einem Irrtum nach § 22 (3) der Fall ist.

Auch in einer anderen Weise, an die der Gesetzgeber bei seiner Differenzierung möglicherweise nicht gedacht hat, kann der Soldat bei einem Irrtum nach § 22 (2) in eine Zwangslage geraten und ist daher die Privilegierung des § 22 (2) wegen einer psychischen Drucksituation berechtigt.

Ein Irrtum über die Verbindlichkeit liegt nicht nur dann vor, wenn der Soldat von der Unverbindlichkeit des Befehls überzeugt ist, sondern auch dann, wenn der Untergebene diese nur für möglich hält, aber den Befehl im Vertrauen auf die Unverbindlichkeit nicht befolgt.^{38) 39)}

38) Da Irrtum das Nichtübereinstimmen von Vorstellung und Wirklichkeit ist, kann es keinen Unterschied für die Bejahung eines Irrtums machen, ob der Täter über tatsächliche oder rechtliche Umstände irrt. Daher muß sich die Frage, ob ein Irrtum über die Unverbindlichkeit vorliegt, nach denselben Kriterien richten wie beim Tatbestandsirrtum, d. h. aber nach der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit. Bedingter Vorsatz und bewußte Fahrlässigkeit, denen gemeinsam ist, daß der Täter den Erfolg für möglich hält, unterscheiden sich nach heute überwiegender Auffassung danach, ob der Handelnde den Erfolg - hier die Verbindlichkeit des Befehls - in Kauf nimmt oder im Vertrauen auf dessen Nichteintreten - hier die Unverbindlichkeit - handelt. Zu der Abgrenzung vgl. genauer Schönke-Schröder, § 59 RNRn. 55 ff.

39) Obwohl Dreher (D-L-S, § 22 RNRn. 8 und 11) und Kohlhaas (WStG, § 22 Anm. 4) davon sprechen, daß es für die Annahme eines Irrtums nach § 22 (2) und (3) nicht genüge, daß der Soldat die Unverbindlichkeit nur für möglich halte, kann nicht davon ausgegangen werden, daß § 22 (2) und (3) diesen Irrtumsfall teilweise mitumfassen. Ob ein Irrtum

In diesem Falle gerät aber der Soldat bei einem Irrtum nach § 22 (2) in einem stärkeren Maße in eine Zwangslage, als wenn er von der Unverbindlichkeit des Befehls fest überzeugt ist; denn wenn der Untergebene sich sicher ist, daß der Befehl unverbindlich ist, so glaubt er damit zugleich, bedenkenlos ungehorsam sein zu können. Hält er aber die Verbindlichkeit und damit auch die Unverbindlichkeit für möglich, so muß er damit rechnen, sich sowohl bei Ausführung des Befehls strafbar zu machen als auch bei einem Nichtbefolgen. Hier gerät der nach § 22 (2) irrende Soldat noch stärker in ein Gewissensdilemma. Auch insoweit ist es daher berechtigt, den Soldaten, der sich in dieser Situation irrig auf die Unverbindlichkeit der Anweisung verläßt und diese nicht befolgt, stärker zu privilegieren als in den übrigen in § 22 (3) geregelten Irrtumsfällen.

Auch von hier aus erscheint damit die Differenzierung nach der psychischen Zwangslage bei § 22 (2) und (3) besonders gerechtfertigt.

Da § 22 (2) nicht auf eine im Einzelfall tatsächlich gegebene Zwangslage abstellen kann, verbietet es sich auch, ihn auf alle solche Fälle entsprechend anzuwenden. Dennoch ist eine analoge Anwendung nicht ganz ausgeschlossen.⁴⁰⁾

vorliegt oder nicht, richtet sich nach der Abgrenzung Vorsatz - Fahrlässigkeit. Ein Irrtum ist daher dann zu bejahen, wenn der Untergebene die Unverbindlichkeit zwar nur für möglich hält, aber im Vertrauen auf sie handelt.

40) Ihr steht auch nicht das Analogieverbot des § 2 StGB (§ 2 nStGB) entgegen, da hier die Analogie zugunsten des Täters wirkt. Vgl. dazu Schönke-Schröder, § 2 RNr. 16.

§ 22 (2) stellt auf die Zwangssituation ab, die für den ungehorsamen Soldaten typischerweise aus der Furcht vor Bestrafung bei Ausführung des Befehls entsteht. Eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift kann daher nur bei einer der Furcht vor Bestrafung ähnlichen typischen Zwangslage in Frage kommen. Als solche kommt in Betracht, daß der Soldat annimmt, bei einer Ausführung des Befehls andere schwerwiegende persönliche Nachteile zu erleiden, die er nur dadurch glaubt abwenden zu können, daß er den Befehl nicht befolgt.⁴¹⁾

Das Landgericht Braunschweig⁴²⁾ hat auch bereits in einem Fall eines nichtvorwerfbaren Irrtums über die Verbindlichkeit, obwohl dieser nach dem Wortlaut des § 22 dem Abs. 3 unterfiel, einen Soldaten unter analoger Anwendung des Abs. 2 freigesprochen, und zwar mit der Begründung, der Untergebene habe sich in einer der Situation des § 22 (2) ähnlichen inneren Zwangslage befunden.⁴³⁾

Ein Soldat, dessen Anerkennungsverfahren als Wehrdienstverweigerer noch nicht abgeschlossen war, hatte sich geweigert, auf der Waffenkammer ein Gewehr in Empfang zu nehmen, da er irrig davon ausging, dazu nicht verpflichtet zu sein. Das Gericht begründete die Anwendung des § 22 (2) damit, daß der Soldat bei einem Gehorsam sich mit seiner eigenen Gewissensentscheidung in Widerspruch gesetzt hätte und befürchten mußte, unglaublich zu werden. Daher habe für ihn eine

41) Dabei müßten, wenn die Vorstellung des Täters richtig gewesen wäre, für ihn tatsächlich schwerwiegende Nachteile zu befürchten gewesen sein.

42) Kohlhaas-Schwenck, § 22 Urteil 5.

43) Diese Entscheidung billigt auch Schwenck in einer Anmerkung zu dem Urteil a.a.O.

der Situation des Abs. 2 ähnliche seelische Pression vorgelegen.⁴⁴⁾

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß die Differenzierung zwischen § 22 (2) und (3) und die Besserstellung des Untergebenen in Abs. 2 von ihrer Begründung her gerechtfertigt erscheinen. Eine weitergehende Entschuldigung, als sie in Abs. 3 erfolgt, ist analog § 22 (2) nur dann zu bejahen, wenn bei dem Untergebenen eine der Furcht vor Bestrafung bei Ausführung des Befehls ähnliche typische Zwangssituation vorgelegen hat.

2. Die Bestrafung des nicht vorwerfbaren Irrtums in § 22 (3) und das Schuldprinzip.

a) Strafrechtsdogmatische Betrachtung.

aa) Der Grundsatz 'Keine Strafe ohne Schuld' in der Strafrechtswissenschaft.

Bei der Darstellung der Irrtumsvorschriften des § 22 wurde deutlich, daß in Abs. 3 die Möglichkeit der Strafmilderung nach Versuchsgrundsätzen nur in ge-

44) Eine der Situation des § 22 (2) völlig adäquate Lage ist auch in dem von Dreher, D-L-S, § 22 RNr. 13 gebildeten Fall gegeben, daß der Soldat zwei sich widersprechende Befehle erhält, wobei er den unverbindlichen Befehl A für verbindlich, den verbindlichen Befehl B für unverbindlich hält. Auch hier ist es wahrscheinlich, daß der Soldat den Befehl B deshalb nicht befolgt, weil er glaubt, sich andernfalls strafbar zu machen und zwar wegen Nichtbefolgen des Befehls A. Auch Dreher will hier den Abs. 2 analog anwenden, Dreher in D-L-S, § 22 RNr. 13.

ringerem Umfang relevant wird als nach den Grundsätzen der Schuldtheorie. Sie tritt nicht beim vorwerfbaren, sondern nur in dem statistisch viel selteneren Fall⁴⁵⁾ des nicht vorwerfbaren Irrtums ein.

Wird hier bei nicht vorwerfbarem Irrtum eine - wenn auch gemilderte - Strafe angeordnet, so kann darin ein Verstoß gegen den Verschuldensgrundsatz liegen; denn Schuld ist Vorwerfbarkeit.⁴⁶⁾

Daß eine Kriminalstrafe nur dann verhängt werden darf, wenn dem Täter aus seiner Rechtsgutsverletzung auch ein persönlicher Vorwurf gemacht werden kann, d.h. daß Schuld für die Strafe konstitutive Bedeutung hat, ist heute allgemein anerkannt.⁴⁷⁾ Wurde von der Rechtslehre die Schuld schon früh als entscheidender Bezugspunkt der Strafe herausgestellt,⁴⁸⁾ so bekennt sich heute auch die höchstrichterliche Rechtsprechung eindeutig zum Schuldnerfordernis.⁴⁹⁾ Auch das nStGB⁵⁰⁾ geht vom Verschuldensgrundsatz aus.

45) Unvermeidbarkeit wird in der Regel nur bei vorhergehender falscher Belehrung anzunehmen sein.

46) BGHSt 2, 194 (200); Schönke-Schröder, Vorbem. zu § 51 RNr. 79.

47) Arthur Kaufmann, S. 15.

48) So z. B. von Binding, S. 1.

49) BVerfG in NJW 1967, S. 195: Leitsatz: "Der Grundsatz 'nulla poena sine culpa' hat den Rang eines Verfassungssatzes." Der BGH spricht vom Verschuldensprinzip als von einem unantastbaren Grundsatz des Strafrechts (BGHSt 2, 194 (202)).

50) Vgl. Verh. d. DBT, Drucksache IV 650, S. 96 und § 46 (1) 1 nStGB.

Wir wollen uns jedoch nicht mit der formalen Feststellung begnügen, daß Schuld Vorwerfbarkeit bedeutet, und daher § 22 (3), wenn er bei nichtvorwerfbarem Irrtum Strafe androht, gegen den Schuldgrundsatz verstößt, sondern, um den Zusammenhang zwischen Schuld und Vorwerfbarkeit - von der § 22 (3) spricht - deutlich zu machen, kurz zusammenfassend darstellen, was den Schuldvorwurf ausmacht.

Daß Strafe Schuld voraussetzt, ergibt sich aus dem Wesen der Kriminalstrafe. Diese ist nicht nur ein wertfreies Übel, dem Täter etwa im Sinne einer defense sociale zugefügt, um den Rechtsfrieden wiederherzustellen und zu bewahren, sondern enthält ein Unwerturteil, sie bedeutet sozialetische Mißbilligung der Handlung des Täters.⁵¹⁾

Die Strafrechtsdogmatik geht dabei in Übereinstimmung mit dem Grundgesetz vom Menschen als Träger eines autonomen Willens aus, der zu eigenständiger Selbstverwirklichung und Selbstentscheidung befähigt ist.⁵²⁾ Daraus ergibt sich, daß der einzelne grundsätzlich die Möglichkeit hat, sich für oder gegen das Recht zu entscheiden und einen Verstoß gegen die Rechtsordnung durch Aktivierung sittlicher Gegenkräfte zu vermeiden.

Damit wird deutlich, was Schuld ist. Sie ist der vermeidbar fehlerhafte Gebrauch von dieser Möglichkeit,

51) Stree, Deliktsfolgen, S. 51 ff; Schönke-Schröder, Vorbem. v. § 51 RNr. 78.

52) Welzel, S. 148; Sax, S. 934 ff. Diese Freiheit des Menschen zu eigenverantwortlicher Selbstentscheidung, die die Grundlage aller Schuldzurechnung ist, wird nicht nur von der geisteswissenschaftlichen Psychologie anerkannt, (vgl. Rempelin, S. 32) auch in der modernen Philosophie findet sich dieser Gedanke. Vgl. Sartre, S. 559, Hartmann, Nicolai, S. 801 f.

das rechtlich Verbotene zu unterlassen, wegen dem dem Täter vorgeworfen wird, daß er strafrechtswidrig gehandelt habe, obwohl er sich hätte anders verhalten und damit die rechtswidrige Verletzung des geschützten Rechtsguts hätte vermeiden können.

Schuld ist daher die Mißbilligung einer vermeidbar fehlerhaften Wertentscheidung⁵³⁾ oder wie der Bundesgerichtshof es kurz formuliert: Schuld ist Vorwerfbarkeit.⁵⁴⁾

bb) § 22 (3) als Ausnahme vom Verschuldensgrundsatz und die Versuche seiner Rechtfertigung.

(1) Der nichtvorwerfbare Irrtum als Schuldausschließungsgrund.

Die Irrtumslehre ist die "umgekehrte" Schuldlehre; denn ein Irrtum kann den Schuldvorwurf entfallen lassen und muß dann, der konstitutiven Bedeutung der Schuld für die Strafe entsprechend, zur Straflosigkeit führen.

Nimmt z. B. der Soldat an, es nicht mit einem Vorgesetzten zu tun zu haben, und ist dieser Irrtum, etwa infolge einer falschen Belehrung, für ihn unvermeidbar, so kann ein Schuldvorwurf bei einer Ungehorsamshandlung nicht erhoben werden; denn der Soldat erkannte nicht und konnte auch nicht erkennen, daß er mit seinem

53) Sax, S. 951 unten.

54) BGHSt 2, 194 (200).

Ungehorsam Unrecht verwirklichte, die Möglichkeit eines Impulses zu einem Andershandeln, zu einem Rechthandeln, dessen Nichtbeachtung in einem Schuldvorwurf mißbilligt werden könnte, bestand damit für den Täter nicht. Der rechtswidrige Erfolg trat uneinflußbar von einer potentiellen Fähigkeit des Untergebenen zu einer sozialetisch richtigen Steuerung seiner Tathandlung, und damit schicksalhaft, zufällig ein, ein Schuldvorwurf wegen fahrlässigen Verhaltens ist ausgeschlossen.

Irrt der Täter nicht über ein Tatbestandsmerkmal, sondern wie im Fall des § 22 (3) bei Kenntnis der Tatbestandsmerkmale über die Rechtswidrigkeit seines Tuns, so muß das gleiche gelten; denn Voraussetzung dafür, daß dem Täter vorgeworfen werden kann, rechtswidrig gehandelt zu haben, obwohl er sich hätte für das Recht entscheiden können, ist die Kenntnis des Täters vom Unrecht des eigenen Tuns oder doch die Möglichkeit dieser Kenntnis.⁵⁵⁾ Irrt der Soldat aber - um bei § 22 zu bleiben - über die Rechtswidrigkeit seines Ungehorsams, indem er glaubt, ein Unverbindlichkeitsgrund liege vor, so entfällt für ihn, wenn diese Annahme, rechtmäßig zu handeln, zwingend, d.h. ohne die Möglichkeit, sie persönlich zu vermeiden, geschah, auch die bloße Möglichkeit, das Unrecht des eigenen Tuns zu erkennen. Jeder von der Tatbestandsverwirklichung ausgehende Impuls zu einer abwägenden Wertentscheidung zwischen Recht und Unrecht entfällt

55) So BGHSt 2, 194 (201).

damit für den Täter und der unvermeidbare und damit nicht vorwerfbare Verbotsirrtum muß daher dazu führen, daß dem Untergebenen aus seinem objektiv rechtswidrigen Ungehorsam kein Schuldvorwurf gemacht werden kann. Eine Bestrafung muß daher auch in diesem Irrtumsfall ausgeschlossen sein.

Nach § 22 (3) tritt aber auch dann Strafe ein, wenn dem Untergebenen der Irrtum über die Verbindlichkeit nicht vorzuwerfen ist. Damit droht § 22 (3), schon unmittelbar aus dem Wortlaut ersichtlich, Strafe ohne Schuld an.

Bevor wir jedoch endgültig feststellen können, daß darin ein Verstoß gegen das Schuldprinzip liegt, müssen wir uns noch mit den Versuchen auseinandersetzen, diesen militärstrafrechtlichen Sonderfall eines Verbotsirrtums als mit dem Schuldgrundsatz vereinbar zu deuten oder doch als zulässige Ausnahme von diesem zu rechtfertigen.

(2) Rechtfertigung des § 22 (3) aus dem Risikogedanken.

Bei der Besprechung des § 22 (3) in der militärstrafrechtlichen Literatur wird die Bestrafung trotz unvermeidbaren Verbotsirrtums immer wieder damit erklärt, daß der Soldat hier das Risiko seines Irrtums selbst zu tragen habe.⁵⁶⁾ Auch in den Materialien zum Wehrstrafgesetz begegnet uns dieses Argument, wenn es dort

56) Kohlhaas, WStG, § 22 Anm. 4; Dreher in D-L-S, § 22 RNr. 7 und in JZ 1957, S. 396; v. Mitzlaff, Wehrwiss. Rundschau 1957, S. 89.

heißt: "Verweigert der Soldat den Gehorsam, weil er glaubt, der Befehl sei unverbindlich, so muß das Risiko grundsätzlich zu seinen Lasten gehen."⁵⁷⁾

Dieser Gedanke der strafrechtlichen Zurechnung eines nur riskierten, nicht vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführten Umstandes findet sich nicht nur bei § 22 (3), sondern wird immer wieder dazu herangezogen, Straftatbestände ohne weitere Begründung als mit dem Schuldgrundsatz vereinbar zu erklären, wenn dies mit den herkömmlichen dogmatischen Mitteln nicht zu gelingen scheint,⁵⁸⁾ ein Umstand, der bereits zu einem vorsichtigen Mißtrauen gegenüber diesem Argument berechtigt.

Nach der Risikotheorie, wie sie SCHWEICKERT⁵⁹⁾ - soweit ersichtlich - zum ersten Male in ihrem dogmatischen Bedeutungsumfang dargestellt hat, muß der Täter vorsätzlich oder fahrlässig eine Situation herbeiführen,

57) v. Meerkatz in der ersten Lesung des Entwurfs, Sten. Ber. d. Verh. d. DBT II 190. Sitzung, S. 10852.

58) So bei §§ 113 a.F. 186, 330a. Zu § 113 a.F. vgl. Maurach, StGB BT S. 635 und Bockelmann, Niederschriften 5, S. 238; zu § 186 und 330a vgl. Hardwig, S. 463 und 465 f. Es handelt sich dabei um Tatbestände mit objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, die nicht von Vorsatz oder Fahrlässigkeit umfaßt zu sein brauchen. Allein von § 22 (3) aus gesehen, könnte auch die Verbindlichkeit des Befehls eine solche objektive Bedingung beim Ungehorsam sein; denn nach Abs. 3 befreit die irrige Annahme der Unverbindlichkeit in keinem Falle von Strafe.

59) ZStrW 70, S. 394 ff.

die eine latente Gefahr für ein Rechtsgut mit sich bringt. Realisiere sich aus dieser Gefahrensituation, deren Herbeiführung für sich allein schon ein "Straf-unrecht"⁶⁰⁾ enthalten müsse, in adäquater Weise die Gefahr im Eintritt des Risikoumstandes, z. B. eines bestimmten Erfolges, so könne der Täter auch wegen des verwirklichten Risikoumstandes bestraft werden.⁶¹⁾ Dieser brauche nicht vorhersehbar und vermeidbar gewesen sein, d. h. vom Vorwurf der Fahrlässigkeit mit-umfaßt zu sein. Es genüge, wenn für den Täter das Eingehen des Risikos vermeidbar und der adäquate Zusammenhang zwischen dem riskanten Verhalten und dem Risikoumstand erkennbar war. Der Unterschied zum fahrlässigen Verhalten liege dabei besonders darin, daß bei dem riskanten Verhalten eine Sorgfaltspflicht-verletzung fehle.⁶²⁾ Nur der Resttatbestand, d. h. der Tatbestand ohne den Risikoumstand müsse daher vor-sätzlich oder fahrlässig und damit schuldhaft im her-kömmlichen Sinne verursacht werden. Für den Risiko-umstand selbst genüge im Schuldbereich eine losere Verknüpfung zwischen dem Verhalten des Täters und dem Eintritt des Merkmals, die jedoch ebenfalls für einen Schuldvorwurf ausreichend sei.

Damit wird von der Überlegung aus, daß die Vorwerf-barkeit und nicht die Schuldform entscheidend für das Urteil über den Täter ist,⁶³⁾ als dritte Form des

60) Schweickert, ZStrW 70, S. 398.

61) Schweickert, ZStrW 70, S. 369 und 403.

62) Schweickert, ZStrW 70, S. 398 und 407.

63) Zu dem Verhältnis Schuldform - Vorwerfbarkeit vgl. Bruns, JZ 1958, S. 105 f. bes. S. 110.

Verschuldens neben Vorsatz und Fahrlässigkeit eine Schuld des Riskierens gestellt und als Gegenstand eines Vorwurfs als ausreichend angesehen.

Wenden wir zunächst einmal den Risikogedanken auf die Bestrafung des unvermeidbaren Irrtums über die Verbindlichkeit in § 22 (3) an, ohne uns hier schon zu fragen, ob wir dieser Theorie folgen können, so liegt das riskante Verhalten in dem Nichtbefolgen des Befehls, der Risikoumstand in der Verbindlichkeit der Anweisung. Da in der militärischen Wirklichkeit ein erteilter Befehl in der Regel verbindlich, die unverbindliche Anweisung die Ausnahme ist, kann durchaus davon gesprochen werden, daß der Soldat mit seiner Befehlsverweigerung riskiere, daß der Befehl entgegen seiner Annahme verbindlich ist, er sich mithin wegen Ungehorsam strafbar macht. Auch enthält das bloße Nichtbefolgen eines Befehls für sich allein bereits ein 'Strafunrecht'; denn wie wir oben gesehen haben,⁶⁴⁾ indiziert das Nichtbefolgen eines Befehls als Tatbestand des einfachen Ungehorsams die Rechtswidrigkeit und umschreibt damit den typischen Unrechtsgehalt der Ungehorsamsdelikte. Letztlich geschieht das Nichtbefolgen des Befehls als riskantes Verhalten auch vorsätzlich oder fahrlässig, d. h. schuldhaft im herkömmlichen Sinne.

Damit kann die Risikotheorie, wie sie SCHWEICKERT darstellt, von ihren Voraussetzungen her durchaus zur Erklärung der Bestrafung des ungehorsamen Soldaten

64) Vgl. oben S. 9 und 29.

trotz unvermeidbaren Irrtums über die Verbindlichkeit als mit dem Schuldgrundsatz vereinbar herangezogen werden.

Die Risikotheorie als solche ist jedoch abzulehnen. Es erscheint nicht möglich, neben Vorsatz und Fahrlässigkeit eine dritte Form des Verschuldens zu finden, ohne daß dies nicht doch wieder auf eine der beiden anerkannten Schuldformen oder aber auf eine Zufallshaftung hinausliefe.

So wird auch nicht recht deutlich, wo in dem von SCHWEICKERT definierten riskanten Verhalten als einer mit dem Schuldhaftungsprinzip zu vereinbarenden Verhaltensform neben Vorsatz und Fahrlässigkeit der Unterschied zur Fahrlässigkeit hin liegen soll.

Das riskante Verhalten soll dadurch bestimmt werden, daß der Täter das Eingehen des Risikos vermeiden kann, und ihm der adäquate Zusammenhang zwischen seinem Verhalten und dem Risikoumstand erkennbar ist. Kann der Täter aber einen adäquaten Zusammenhang zwischen seinem Verhalten und dem Eintritt des Risikoumstandes erkennen, so ist für ihn auch der Risikoumstand als solcher erkennbar, und wenn er es vermeiden kann, das Risiko einzugehen, auch vermeidbar. Das heißt aber nichts anderes, als daß hinsichtlich des Risikoumstandes Fahrlässigkeit vorliegt.⁶⁵⁾

Die Sorgfaltspflichtverletzung, deren Fehlen den Unterschied zur Fahrlässigkeit ausmachen soll, ist dabei auch gegeben. Sie besteht darin, daß der Täter,

65) Vgl. dazu Bemmann, GA 1961, S. 72.

obwohl er es vermeiden kann, sich riskant zu verhalten und für ihn der adäquate Zusammenhang zwischen der Risikosituation und dem Eintritt des Risikoumstands erkennbar ist, sich nicht anders verhält.⁶⁶⁾

Das riskante Verhalten stellt damit neben Vorsatz und Fahrlässigkeit keine dritte Form des Verschuldens dar. Wer sich riskant bezüglich eines Erfolges verhält - so wie SCHWEICKERT dies definiert - hat diesen Erfolg, wenn er eintritt, auch fahrlässig herbeigeführt. Aus diesem Grunde kann die Bestrafung des Soldaten, der nach § 22 (3) unvermeidbar und damit nicht fahrlässig über die Verbindlichkeit irrt, nicht durch die Risikotheorie als mit dem Verschuldensgrundsatz vereinbar erklärt werden.

§ 22 (3) kann aber eine berechtigte Ausnahme vom Schuldgrundsatz sein.

(3) Rechtfertigung des § 22 (3) aus militärischer Notwendigkeit.

§ 22 (3) regelt als Bestandteil des militärischen Sonderstrafrechts nicht nur einen strafrechtlichen sondern auch einen militärisch bedeutsamen Sachverhalt. Auch mit militärpolitischen Überlegungen wird daher die besonders strenge Ausgestaltung des § 22 (3) zu rechtfertigen versucht. So sagt DREHER,

66) Bemmann, GA 1961, S. 72. Zur Kritik an der Risikotheorie vgl. auch Lang - Hinrichsen, ZStrW 73, S. 218.

sie sei aus soldatischen Gründen erforderlich⁶⁷⁾ und könne nur in dieser Form den militärischen Bedürfnissen gerecht werden.⁶⁸⁾

Dogmatisch gesehen wird damit behauptet, eine überwiegende militärische Notwendigkeit⁶⁹⁾ berechtige bei der Bestrafung des Ungehorsams zu einer Durchbrechung des Schuldgrundsatzes.

Zunächst ist festzuhalten, daß auch das militärische Sonderstrafrecht den Erfordernissen des Strafrechts zu genügen hat. Da die Kriminalstrafe ein Unwerturteil über ein Fehlverhalten des Täters und damit die persönliche Vorwerfbarkeit des verübten Unrechts voraussetzt,⁷⁰⁾ muß auch im Wehrstrafrecht der unvermeidbare Irrtum über die Rechtswidrigkeit von Strafe befreien.

Wenn nun die Bestrafung des nichtvorwerfbaren Irrtums über die Verbindlichkeit aus militärischen Gründen, d. h. zur Aufrechterhaltung der Disziplin⁷¹⁾ als notwendig bezeichnet wird, so liegt darin die Behauptung, daß im Falle einer Straffreiheit die militärische Mannszucht zwangsläufig Schaden nehmen müßte und aus diesem Grunde hier auf ein Verschulden zu verzichten sei.

67) Dreher, JZ 1957, S. 396; ebenso Kohlrausch in Kohlrausch-Lange, § 109 b Anm. X 2.

68) Dreher in D-L-S, § 22 RNr. 7.

69) Davon sprechen Rittau, § 22 Anm. 4 und v. Richthofen, § 22 Anm. 8.

70) Vgl. oben S. 118

71) v. Meerkatz in Verh. d. DBT II 190. Sitzung, Sten. Ber. Bd. 35, S. 10852 Randnote B; Haasler, Amtl. Prot. d. Sitzungen d. BTRA II 190. Sitzung, S. 12: 'Zur Aufrechterhaltung der Disziplin müsse hier eine strengere Regelung Platz greifen.'

Abgesehen davon, daß es sehr fraglich ist, ob eine derartige Ausnahme anerkannt werden kann, ist bereits ihre Notwendigkeit für die Aufrechterhaltung der Disziplin zu verneinen.

SCHLOSSER weist darauf hin,⁷²⁾ daß nach Art. 17 des schweizerischen Militärstrafgesetzbuchs der Untergebene bei einem Verbotsirrtum stets gänzlich von Strafe freigestellt werden könne, wobei die in Art. 17 enthaltene Kannbestimmung als Sollvorschrift zu lesen sei. Dennoch habe bisher niemand der schweizerischen Armee Disziplinlosigkeit vorgeworfen.

Auch wird beim Verbotsirrtum der unvermeidbare Irrtum die Ausnahme sein. Da auch die unterlassene zumutbare Erkundigung zur Vermeidbarkeit des Irrtums führt,⁷³⁾ können in der Regel als Fälle eines vom Untergebenen nicht zu vermeidenden Irrtums über die Verbindlichkeit nur die einer falsch erteilten Belehrung relevant werden, soweit nicht auch hier der gesunde Menschenverstand den Untergebenen trotz dieser vorhergehenden unrichtigen Unterweisung seine Gehorsamspflicht erkennen lassen muß.⁷⁴⁾

72) JZ 1958, S. 529.

73) Dreher in D-L-S, § 22 RNr. 10; vgl. auch Schönke-Schröder, § 59 RNr. 88 f.

74) So ist das von Schreiber, WStG, § 22 Anm. 4 angeführte Beispiel für einen unvermeidbaren Irrtum nicht zutreffend: Ein Rekrut wird belehrt, er brauche nicht auf Befehl in voller Uniform ins Wasser zu springen, das verstoße gegen die Menschenwürde. Später erhält er die Anweisung, als guter Schwimmer einen ins Wasser gefallen Nichtschwimmer sofort und in Uniform zu retten. Hier liegt bei Verweigerung des Befehls keinesfalls, wie Schreiber dies behauptet, ein unvermeidbarer Irrtum über die Verbindlichkeit vor; denn bei gehöriger Gewissensanspannung mußte der Soldat erkennen, daß der Vorgesetzte mit seiner beispielhaften Belehrung nicht diese Situation eines Unglücksfalles gemeint haben konnte.

In neueren Untersuchungen zum Verbotsirrtum⁷⁵⁾ hat sich darüberhinaus ergeben, daß auch dieser selbst gar nicht so häufig vorliegt, wie dies bisher angenommen wurde, da das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit auch dann zu bejahen ist, wenn dem Täter das Unrecht seines Verhaltens zwar nicht klar vor Augen stand, ihm jedoch am Rande mitbewußt war.⁷⁶⁾

Die Strafbarkeit des unvermeidbaren Verbotsirrtums beim Ungehorsam kann daher keine derartige Bedeutung für die Disziplin der Truppe haben, daß sie für ihre Aufrechterhaltung notwendig ist.

Weiterhin ist Disziplin, zu deren Sicherung der § 22 (3) beitragen soll, freiwillige Unterordnung unter die anerkannte Autorität des Vorgesetzten und damit entscheidend von dem Vertrauen⁷⁷⁾ in eine sachgerechte Führung abhängig.

Wenn der Untergebene für etwas bestraft wird, das für ihn unvermeidbar eintrat, so wird dies weder spezialpräventiv noch generalpräventiv zu einer besseren Befehlsbefolgung beitragen. Weder der Betroffene noch seine Kameraden werden einsehen, warum hier Strafe verhängt wird. Eine Strafe ohne Schuld ist ungerecht⁷⁸⁾ und wird auch vom Soldaten - beispielsweise bei einer vorausgegangenen unrichtigen Belehrung - als ungerecht empfunden werden.⁷⁹⁾ Die Bestrafung des

75) Rudolphi, S. 151 ff, insbes. S. 159; Platzgummer, S. 63 ff; Roxin, ZStrW 78, S. 248 ff.

76) Platzgummer, S. 63 ff, Rudolphi, S. 159.

77) 'Vertrauen ist die Grundlage des Gehorsams.' So Arndt, WStG, S. 19; vgl. auch Schirmer, Befehl, S. 29 m.w.N.

78) So Warda, ZStrW 71, S. 261.

79) Vgl. z. B. den Fall auf S. 120

nichtvorwerfbaren Irrtums in § 22 (3) wird daher nicht dazu beitragen, eine echte, auf vertrauensvoller Unterordnung beruhende Disziplin zu fördern.

Eine Bestrafung für ein Verhalten, dessen Unrecht selbst bei zumutbarer Gewissensanspannung vom Untergebenen nicht erkannt werden konnte, fordert, konsequent zu Ende gedacht, auch einen Gehorsam 'auf alle Fälle' und damit eine blinde Befehlsbefolgung. Eine solche obeissance passive wird jedoch in der militärrechtlichen Literatur nicht gefordert.⁸⁰⁾

Insgesamt kann daher die Bestrafung des unvermeidbaren Verbotsirrtums in § 22 (3) nicht als notwendig für die Aufrechterhaltung der Mannszucht in der Truppe bezeichnet werden.

b) Verfassungsrechtliche Problematik des § 22 (3).

Da die Bestrafung des unvermeidbaren Verbotsirrtums in § 22 (3) gegen den Schuldgrundsatz und damit gegen einen als elementar anerkannten Grundsatz allen Strafens verstößt, das Grundgesetz aber die Zusammenstellung der im Staate geltenden tragenden Rechtssätze enthält, ergibt sich nach der Feststellung eines Widerspruchs zur Strafrechtsdogmatik sogleich die Frage, ob § 22 (3) nicht auch gegen die Verfassung verstößt.

In der Tat bezeichnen die Grundrechtskommentare, soweit sie die Problematik des § 22 (3) erwähnen, diesen übereinstimmend als 'verfassungsrechtlich be-

80) Schirmer, Befehl S. 29; Lammich, NZWehrR 1970, S. 53.

denklich'.⁸¹⁾

Bei einer Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 22 (3), der wir uns nunmehr zuwenden wollen, können wir dabei, da wir einen Verstoß des § 22 (3) gegen den Schuldgrundsatz bejaht haben, methodisch so vorgehen, daß wir nur prüfen, ob eine Strafe ohne Schuld nicht mit dem Grundgesetz vereinbar ist; denn verstößt Abs. 3 gegen das Schuldprinzip, ist dieses aber uneingeschränkt in der Verfassung verankert, so ist auch § 22 (3) verfassungswidrig.

aa) Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip.

Eine Strafe ohne Schuld kann gegen den besonders in Art. 20 (3), 28 (1) Grundgesetz zum Ausdruck kommenden verfassungsrechtlichen Grundsatz⁸²⁾ der Rechtsstaatlichkeit verstoßen.

Dieser sichert nicht nur den formellen Rechtsstaat, in dem jeder belastende Hoheitsakt auf eine verfassungsgemäß zustandegewordene Norm zurückführbar sein muß,⁸³⁾ sondern garantiert darüberhinaus auch eine materielle Rechtsstaatlichkeit: ein Gesetz muß auch Recht im Sinne von 'gerecht' sein. Das Rechtsstaatsprinzip garantiert Gerechtigkeit in aller staatlichen Machtausübung.⁸⁴⁾

81) So Maunz-Dürig, Art. 1 RNr. 32 Fußnote 4; Hamann, Art. 1 Anm. B 3 b; Zippelius in Bonner Kommentar, Art. 1 RNr. 13.

82) BVerfG in NJW 1967, S. 196 und BVerfGE 6, 32 (41); ähnlich Klein in Mangoldt-Klein, Art. 20 Anm. VI.

83) Maunz-Dürig, Art. 20 RNr. 58.

84) Brinkmann, Art. 20 Anm. I 10 a; Warda, ZStrW 71, S. 261 m.w.N. einschränkend Klein in Mangoldt-Klein, Art. 20 Anm. VI 4 f.

Für den Bereich des Strafrechts heißt dies zunächst, daß eine Strafe, wie dies auch unserem Sprachgefühl entspricht, nicht ungerecht im Sinne von gänzlich unangemessen hoch oder niedrig sein darf.⁸⁵⁾

Gerecht ist aber auch nur, was sachlich geboten oder vertretbar ist, was als sachgerecht erscheint. Daher umfaßt die Forderung nach Gerechtigkeit im Bereich staatlichen Strafens auch, daß Tatbestand und Rechtsfolge in einem sachlichen, folgerichtigen Bezug stehen. Enthält Strafe aber eine sozialetische Mißbilligung für ein Fehlverhalten, so kann sie als Rechtsfolge sachgerecht nur insoweit angedroht werden, als die Erfüllung des Gesamttatbestandes auch die persönliche Vorwerfbarkeit umschließt.⁸⁶⁾ Eine Strafe ohne Schuld ist damit nicht gerecht und aus diesem Grunde wegen Verstoßes gegen das Rechtsstaatsprinzip verfassungswidrig.⁸⁷⁾

bb) Verstoß gegen Art. 1 (1) Grundgesetz.

In einer Bestrafung ohne Schuld liegt auch ein Verstoß gegen Art. 1 (1) Grundgesetz, der die Würde des Menschen gegen alle staatliche Gewalt schützt.

85) BayVGh in VerwRspr. Bd. 3, S. 146; BVerfGE 6, 389, (439); Stree, Deliktsfolgen, S. 8 m.w.N.

86) Warda, ZStrW 71, S. 261; BVerfG in NJW 1967, S. 196.

87) Ebenso leiten die Verfassungswidrigkeit einer Strafe ohne Schuld aus dem Rechtsstaatsprinzip her: BVerfG in NJW 1967, S. 195; BayVGh in VerwRspr. Bd. 3, S. 150; Warda, ZStrW 71, S. 261; Schlosser, JZ 1958, S. 529.

Würde kommt dem Menschen zu, weil er über den Bereich des bloß Animalischen hinaus in eine sittliche und ethische Eigenverantwortlichkeit gestellt ist.⁸⁸⁾

Während die Handlungsabläufe bei den außermenschlichen Lebewesen auf Reize hin zwanghaft ablaufen, ist der Mensch 'weltoffen',⁸⁹⁾ kraft seines Bewußtseins der Dinge und der Fähigkeit der Reflektion vermag er die Verbindlichkeit sozialetischer Normen und die Notwendigkeit ihrer Einhaltung zu erkennen, kraft seines Willens "sich in freier Entscheidung für Ziele selbst zu bestimmen und so sein Verhalten bewußt zu steuern."⁹⁰⁾

Eine Strafsanktion wird daher nur dann diesem besonderen Eigenwert der menschlichen Persönlichkeit gerecht, wenn sie an seine Möglichkeit zu einer Selbstentscheidung anknüpft, d. h. nur insoweit eingreift, als dem einzelnen ein fehlerhafter Gebrauch von seiner Fähigkeit, der Norm gemäß zu handeln, vorgeworfen werden kann. Genügt für den Eintritt der Strafe die bloße Verursachung eines Schadens, ohne daß für den Täter die Möglichkeit bestand, sich richtig zu verhalten, so wird er für ein Tun zur Rechenschaft gezogen, das unbeeinflußbar von seiner Personhaftigkeit wie eine blindwirkende Reaktion im animalischen Bereich abgelaufen ist. Eine solche Strafe entwürdigt damit den Täter, und eine Norm, die eine Strafe ohne

88) Schmidt-Bleibtreu-Klein, Art. 1, RNr. 1.

89) Scheler, S. 38.

90) Remplein, S. 32; vgl. auch Rudolphi, S. 13 f.

Schuld androht, verletzt Art. 1 (1) Grundgesetz.⁹¹⁾

cc) Verstoß gegen Art. 2 (1) Grundgesetz.

Auch ein Verstoß gegen Art. 2 (1) Grundgesetz ist zu bejahen; denn ein Gesetz kann die durch Art. 2 (1) umfassend garantierte Handlungsfreiheit nur insoweit in rechtmäßiger Weise einschränken, als es nicht im Widerspruch zur 'verfassungsmäßigen Ordnung'⁹²⁾ steht. Zu dieser gehören aber unstreitig der Grundsatz des Schutzes der Menschenwürde und das Rechtsstaatsprinzip.⁹³⁾ Da eine Strafe ohne Schuld nicht mit diesen Leitideen der Verfassung vereinbar ist, verstößt sie damit auch gegen Art. 2 (1) Grundgesetz.⁹⁴⁾

Eine unabweisbare militärische Notwendigkeit für die Bestrafung des unvermeidbaren Verbotsirrtums beim Nichtbefolgen eines Befehls besteht nicht,⁹⁵⁾ auch von daher kann ein Verstoß gegen die Verfassung nicht in Frage gestellt werden.

§ 22 (3) verletzt Art. 2 (1), 1 (1), 20 (3), 28 (1) Grundgesetz und ist damit verfassungswidrig.

91) Ebenso Stree, Deliktsfolgen, S. 53 f; Maunz-Dürig, Art. 1 RNR. 32; Hamann, Art. 1 Anm. 3; Zippelius in Bonner Kommentar, Art. 1 RNR. 13; Schlosser, JZ 1958, S. 527 f. Schlosser untersucht in seiner verfassungsrechtlichen Abhandlung, in der er soweit ersichtlich zum erstenmal die Grundrechtsproblematik des § 22 (3) aufgezeigt hat, spezieller, ob eine Bestrafung des unvermeidbaren Verbotsirrtums gegen die Menschenwürde verstößt. Zu seiner überzeugenden Beweisführung vgl. a.a.O. S. 528.

92) Vgl. die Schrankentrias in Art. 2 (1) GG.

93) Nipperdey, S. 803; Hamann, Art. 2 Anm. B 6.

94) Ebenso BVerfG in NJW 1967, S. 196.

95) Vgl. dazu oben S. 127 ff

c) Analoge Anwendung des § 22 (2).

Da § 22 (3) keine Gültigkeit beanspruchen kann,⁹⁶⁾ und damit beim Irrtum über die Verbindlichkeit nur die irrige Annahme, der Befehl betreffe ein Verbrechen oder Vergehen, im Wehrstrafgesetz rechtsgültig geregelt ist, stellt sich die Frage, wie diese vom Gesetzgeber ungewollt gelassene Lücke auszufüllen ist.

Zwei Wege bieten sich hier an, einmal die analoge Anwendung des § 22 (2), zum anderen können wegen Wegfalls der speziellen Regelung die allgemeinen Grundsätze zur Behandlung des Irrtums über einen Rechtfertigungsgrund (§ 17 nStGB) Anwendung finden.

Greifen wir auf die allgemeinen Theorien zum Verbotsirrtum (§ 17 nStGB) zurück, so ist nicht ohne weiteres die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs heranzuziehen; denn die eingeschränkte Schuldtheorie ist - da bestritten - nicht gewohnheitsrechtlich anerkannt.⁹⁷⁾

96) § 22 (3) ist nichtig, so Leibholz-Rinck, Einf. Anm. 20. Ein Richter ist dagegen an Abs. 3 gebunden. Er muß wegen des Verwerfungsmonopols des Bundesverfassungsgerichts nach Art. 100 (1) GG vorlegen, wenn er von der Verfassungswidrigkeit einer gesetzlichen Regelung überzeugt ist. Von dieser faktischen Gültigkeit des § 22 (3) her wird deutlich, warum in dem Urteil LG Braunschweig (abgedruckt in Kohlhaas-Schwenck, § 22 Urt. 5), in dem Abs. 2 auf einen Fall des Abs. 3 analog angewendet wird, diese Analogie mit einer gleichgelagerten psychischen Zwangslage begründet wird. Dazu, daß Zweifel an der Verfassungsgemäßheit des § 22 (3) diesen Analogieschluß mitbedingt haben mögen, ohne daß sich der Richter zu einer Vorlage gemäß Art. 100 GG entschloß, vgl. Schwenck in der Anm. zu diesem Urteil a.a.O.

97) Das übersieht wohl Schwaiger, wenn er diese über § 3 (1), der auf das 'allgemeine Strafrecht' verweist, anwendet. Schwaiger, Diss. S. 233 f, 122 f.

Vielmehr müssen wir, da § 22 (2) der reinen Schuldtheorie folgt, uns aus Gründen der Geschlossenheit des Systems und um Widersprüche zu vermeiden, für diese auch in der Behandlung der übrigen Irrtümer über die Verbindlichkeit entscheiden.

Da § 22 (2) wie die Schuldtheorie beim vermeidbaren Irrtum eine Strafmilderung nach Versuchsgrundsätzen zuläßt,⁹⁸⁾ ist das Ergebnis in beiden Fällen - reine Schuldtheorie oder § 22 (2) - dasselbe.

Dennoch ist - um hier eine genaue Feststellung zu treffen - § 22 (2) analog auf die übrigen Fälle eines Irrtums über die Verbindlichkeit anzuwenden.

Da wir von der Ungültigkeit des § 22 (3) ausgehen müssen, fällt zunächst das gegen die Zulässigkeit einer solchen Analogie sprechende Argument fort, § 22 (2) sei gegenüber Abs. 3 lex specialis.⁹⁹⁾

Geboten ist diese Analogie anstelle der Anwendung der allgemeinen Regeln des Irrtums über einen Rechtfertigungsgrund, weil Abs. 2 als militärstrafrechtliche Sonderregelung der zu erfassenden, ebenfalls die Gehorsamspflicht betreffenden Irrtumsproblema-

98) Kohlhaas, WStG, § 22 Anm. 5; v. Richthofen, § 22 Anm. 7. Vgl. auch die Ausführungen auf S. 105 f

99) Mit dieser Überlegung wendet sich Schwenck, allerdings von der Prämisse aus, § 22 (3) sei gültig, gegen eine analoge Anwendung des Abs. 2. Vgl. Schwenck in Kohlhaas-Schwenck, § 22 Anm. zu Urt. 5; vgl. hierzu auch Anm. 96 auf S. 136

tik näher steht, als die allgemeine Regelung des bürgerlichen Strafrechts, zum anderen auch, worauf wir schon oben hingewiesen haben,¹⁰⁰⁾ um das widersprüchliche Ergebnis zu vermeiden, daß für die Irrtumsfälle des § 22 (3) im Gegensatz zu denen des Abs. 2 die eingeschränkte Schuldtheorie gilt.

§ 22 (2) findet daher auf alle Fälle eines Irrtums über die Verbindlichkeit eines Befehls direkt oder analog Anwendung.¹⁰¹⁾

Entsprechend muß § 22 (2) auch dann eingreifen, wenn der Soldat bei seinem Ungehorsam irrig einen Sachverhalt annimmt, bei dem ein anderer Rechtfertigungsgrund als die Unverbindlichkeit des Befehls eingreifen würde (etwa rechtfertigende Pflichtenkollision), oder wenn er aufgrund einer falschen rechtlichen Bewertung glaubt, ein anderer Rechtfertigungsgrund als die Unverbindlichkeit des Befehls sei gegeben.¹⁰²⁾

Zum einen wird sich der Soldat kaum genaue Vorstellungen darüber machen, warum sein Ungehorsam gerechtfertigt ist, sondern nur annehmen, er brauche den Befehl nicht zu befolgen, zum anderen sind all diese Irrtumsfälle über eine Rechtfertigung sowohl von der Situation beim Täter her gesehen als auch aus militärstrafrecht-

100) Seite 137

101) Anders Schwaiger, Diss. S. 233 f und 122 f, nach dem die eingeschränkte Schuldtheorie gilt.

102) Vgl. dazu oben S. 83 f

licher Sicht gleichgeartet.

Aus den gleichen Gründen ist § 22 (2) als für den militärischen Bereich geltende Sonderregelung eines Irrtums über einen Rechtfertigungsgrund auch auf die Fälle eines Subsumtionsirrtums des Soldaten, der zugleich Verbotsirrtum ist,¹⁰³⁾ rechtsähnlich anzuwenden.

103) Vgl. dazu oben S. 12 ff

Gesamtergebnis in Leitsätzen.

Zu § 22 (1) 1:

1. Die Unverbindlichkeit des Befehls ist öffentlich
- rechtlicher Rechtfertigungsgrund beim Ungehorsam.
2. Der Befehl ist eine dem Verwaltungsakt verwandte
hoheitliche Anweisung in einem besonderen Gewalt-
verhältnis. Zur Feststellung, wann ein Befehl
unverbindlich ist, sind daher die im Verwaltungs-
recht geltenden Grundsätze zur Ermittlung der
nichtigen, d. h. völlig unbeachtlichen Verwaltungs-
akte rechtsähnlich anwendbar.
3. Unter Zugrundelegung der im Verwaltungsrecht
herrschenden Evidenztheorie ist ein Befehl dann
unverbindlich, wenn er schwerwiegend und ersicht-
lich rechtswidrig ist.
4. Unverbindlich ist nach der gesetzlichen Regelung
in § 22 (1)1 der zu nichtdienstlichen Zwecken er-
teilte Befehl. Nach der Abgrenzung in Leitsatz 3
kann der Befehl zu nichtdienstlichen Zwecken je-
doch nur dann unverbindlich sein, wenn sein nicht-
dienstlicher Zweck ersichtlich ist.
5. Als außergesetzliche Unverbindlichkeitsgründe sind
von der Abgrenzung in Leitsatz 3 her anzuerkennen:

der unverhältnismäßig tiefe Eingriff in den
persönlichen Rechtsbereich des Soldaten,

die absolut rechtliche Unzulässigkeit der Aus-
führung,

die ersichtliche Unmöglichkeit der Ausführung,

die offensichtliche Überschreitung
der Befehlsbefugnis zu besonderen Zwecken
(§§ 3, 5, 6 VorgesetztenVO),

der Verstoß gegen ein absolutes Verbot.

6. Ein Recht zur Befehlsverweigerung und damit eine Rechtfertigung des Ungehorsams kann sich nicht nur aus der Unverbindlichkeit des Befehls, sondern auch aus anderen Rechtfertigungsgründen ergeben.

Zu § 22 (1) 2:

1. § 22 (1) 2 beinhaltet einen Verzicht auf das subjektive Rechtfertigungselement im Bereich der Rechtfertigung des Ungehorsams wegen Unverbindlichkeit des Befehls.
2. § 22 (1) 2 bedeutet einen Einbruch in die subjektive Versuchslehre.
3. § 22 (1) 2 greift auch dann ein, wenn der Soldat nicht nur die Verbindlichkeit fälschlich annimmt, sondern sich zusätzlich auch die Tatbestandserfüllung nur irrig vorstellt. Nicht jedoch kann aus ihm die Straflosigkeit des untauglichen Versuchs beim Ungehorsam überhaupt geschlossen werden.

Zu § 22 (2) und (3):

1. § 22 (2) läßt beim vermeidbaren Irrtum eine Straf-
milderung nach Versuchsgrundsätzen zu.

2. § 22 (2) und (3) regeln die irrige Annahme der Unverbindlichkeit sowohl aufgrund einer falschen rechtlichen Bewertung des Unverbindlichkeitsgrundes als auch wegen eines Irrtums über den rechtfertigenden Sachverhalt.
3. Die Differenzierung zwischen § 22 (2) und (3) erweist sich von ihrer Begründung her als gerechtfertigt.
4. § 22 (3) droht Strafe ohne Schuld an und verstößt damit gegen das strafrechtliche Dogma vom Schuldstrafrecht. Eine Rechtfertigung der Vorschrift aus dem Risikogedanken oder aus militärischer Notwendigkeit ist nicht möglich.
5. § 22 (3) ist wegen Verstoßes gegen Art. 1 (1), 2 (1), 20(3), 28(1) Grundgesetz verfassungswidrig und damit nichtig. § 22 (2) ist daher auf alle Fälle eines Irrtums über die Verbindlichkeit direkt oder analog anwendbar.
6. § 22 (2) greift auch dann ein, wenn der Soldat glaubt, ein anderer Rechtfertigungsgrund als der der Unverbindlichkeit des Befehls liege vor, und wenn sich die falsche Subsumtion des Untergebenen unter das Merkmal Befehl zugleich als Verbotsirrtum erweist.

Vorschlag für einen § 22 WStG de lege ferenda:

§ 22. Unverbindlichkeit des Befehls; Irrtum. (1) In den Fällen der §§ 19 bis 21 handelt der Untergebene nicht rechtswidrig, wenn der Befehl nicht verbindlich ist, insbesondere wenn er ersichtlich zu nichtdienstlichen Zwecken erteilt ist oder die Menschenwürde verletzt oder wenn durch das Befolgen ein Verbrechen oder Vergehen begangen würde.

(2) Befolgt der Untergebene einen Befehl nicht, weil er irrig annimmt, der Befehl sei unverbindlich, so ist er nach den §§ 19 bis 21 nicht strafbar, wenn er den Irrtum nicht vermeiden konnte. War der Irrtum für ihn vermeidbar, kann das Gericht die Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 15 StGB) .

Lebenslauf

Am 22. September 1940 wurde ich als Sohn des kaufmännischen Angestellten Wilhelm Wiesner und seiner Ehefrau Frieda geb. Schicke in Gutschdorf in Schlesien geboren. Ich wuchs in Gütersloh in Westfalen auf.

Nach dem Abschluß der Realschule besuchte ich bis zum Abitur am 15. März 1960 die Oberstufe des Friedrich - von Bodelschwingh Aufbaugymnasiums in Bethel bei Bielefeld. Danach leistete ich meinen Grundwehrdienst ab und studierte anschließend sechs Semester an der Pädagogischen Hochschule Bielefeld. Danach war ich ein halbes Jahr lang als Klassenlehrer eines siebenten Schuljahres in Neubeckum tätig.

Vom Wintersemester 1964/65 an bis zum Sommersemester 1968 studierte ich an der Westfälischen - Wilhelms Universität Münster und zwar, nachdem ich zunächst mit den Fächern Deutsch und Evangelische Theologie begonnen hatte, REchtswissenschaft.

Am 11. November 1968 bestand ich das erste juristische Staatsexamen. Im Januar 1969 begann ich meinen Vorbereitungsdienst als Referendar im Oberlandesgerichtsbezirk Hamm. Für das Sommersemester 1969 war ich an die Verwaltungshochschule in Speyer abgeordnet. Vom Oktober 1969 bis August 1970 ließ ich mich zur Anfertigung der vorliegenden Dissertation beurlauben, während dieser Zeit arbeitete ich an der Westfälischen - Wilhelms Universität Münster zeitweilig als wissenschaftliche Hilfskraft und als Korrekturassistent.

Seit September 1970 bin ich im Vorbereitungsdienst im Oberlandesgerichtsbezirk Zweibrücken.

Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

